

**KONSTRUKTION UND PROBLEMATIK
DES § 110 BGB**

Hubert Faltermeier

1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

KONSTRUKTION UND PROBLEMATIK
DES § 110 BGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München



vorgelegt von
Hubert Faltermeier
1978

Referent: Professor Dr. Rother

Korreferent: Professor Dr. Lorenz

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Februar 1978



INHALTSVERZEICHNIS

Seite

A EINLEITUNG

1. Das Schutzprinzip im BGB	1
2. § 110 BGB und seine Bedeutung	3
3. Vergleichbare Regelungen in der Rechtsgeschichte	5

B DIE HAUPTPROBLEME DES § 110 BGB

Darstellung; bisherige Behandlung in den Materialien, der Literatur und der Rechtsprechung	8
--	---

I. Wird der schwebend unwirksame Vertrag deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm durch die <u>"Mittelüberlassung zu diesem Zweck"</u> (§ 110 1. Alternative BGB) zugestimmt hat, oder deshalb, weil die Leistungsbewirkung den Vertrag heilt?	28
1. Liegt in der Überlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag?	29
2. Liegt in der Überlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag unter der Bedingung der Erfüllung?	32
3. Heilt die Leistungsbewirkung den schuldrechtlichen Vertrag?	35
a. Vergleich mit anderen Heilungsvorschriften	35
b. Voraussetzungen für diese Lösung	37
aa. Ein wirksames Erfüllungsgeschäft	37
(1) Der Minderjährige verfügt über eigene Gegenstände	39

	Seite
(2) Der Minderjährige verfügt über fremde Gegenstände	39
bb. Der Erfüllungszweck	42
c. Die Vorteile dieses Lösungswegs im Vergleich mit anderen Lösungsmöglichkeiten	45
d. Die Grenzen der Mittelüberlassung	49
II. Wird der schwebend unwirksame Vertrag deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm durch die <u>"Überlassung zur freien Verfügung"</u> (§ 110 2. Alternative BGB) zugestimmt hat, oder deshalb, weil die Leistungsbewirkung den Vertrag heilt?	52
1. Liegt in der Überlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag?	52
2. Heilt die Leistungsbewirkung den schuldrechtlichen Vertrag?	55
a. Das wirksame Erfüllungsgeschäft	55
b. Der Erfüllungszweck	57
3. Die Grenzen der Überlassung	60
4. Fragen der Abgrenzung	62
III. Wird der schwebend unwirksame Vertrag deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm durch seine <u>"Zustimmung zur Mittelüberlassung durch Dritte"</u> (§ 110 3. Alternative BGB) zugestimmt hat, oder deshalb, weil die Leistungsbewirkung den Vertrag heilt?	65
1. Liegt in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Mittelüberlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag?	66
2. Heilt die Leistungsbewirkung den schuldrechtlichen Vertrag?	67
3. Die Entgeltlichkeit der Überlassung	69

	Seite
C WEITERE FRAGEN ZU § 110 BGB	72
1. Der Begriff der "Mittel"	72
2. Die "vertragsmäßige" Leistung	74
3. Die Erfüllungssurrogate	77
4. Die teilweise Bewirkung der Leistung	81
5. Die Surrogation der Mittel	86
6. Die Fiktionsform und die Rückwirkung	92
7. Das Widerrufsrecht des gesetzlichen Vertreters	94
8. Das Widerrufsrecht und Aufforderungsrecht des Vertragspartners; der Einfluß der zwischenzeit- lich eingetretenen Volljährigkeit	97
D WICHTIGE ANWENDUNGSFÄLLE DES § 110 BGB	104
I. Probleme des § 110 BGB im Arbeitsrecht und bei gelegentlichen Tätigkeiten	104
1. Die Arbeitskraft als "überlassenes Mittel"	104
2. In welchem Umfang werden diese Ver- träge wirksam?	107
3. Der Lohn als "überlassenes Mittel"	108
4. Der minderjährige Arbeitgeber	111
II. Die Anmietung von Kraftfahrzeugen	113
III. Versicherungsverträge Minderjähriger	119
1. Der Generalkonsens zum Abschluß einer Kraftfahrzeugversicherung	120
2. Die vormundschaftsgerichtliche Geneh- migung von Versicherungsverträgen	121
E THESEN UND SCHLUSSBETRACHTUNG	125

LITERATURVERZEICHNIS

- ADAM Der Vertragsabschluß durch einen Minder-
 jährigen in der Lebensversicherung,
 ZfV 64, 625 ff.
- BEUTHIN Zweckerreichung und Zweckstörung im
 Schuldverhältnis, 1969.
- BEUTHIN Automietverträge Minderjähriger,
 DAR 61, 331 ff.
- BEUTHIN Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als
 bürgerlich-rechtliches Abwicklungs-
 problem,
 RdA 69, 161 ff.
- BIERMANN Bürgerliches Recht,
 Bd. I, Berlin, 1908.
- BOETHKE Zu BGB § 110,
 Deutsche Juristenzeitung 1903, 450.
- BRANDT Mit freien Mitteln erfüllte Rechtsge-
 schäfte des Minderjährigen,
 Diss. Köln, 1935.
- BROCKMANN Die Rechtswirksamkeit von Versicherungs-
 verträgen mit Minderjährigen, insbeson-
 dere in der Kraftfahrzeughaftpflicht -
 und Volksunfallversicherung,
 ZfV 57, 230.
- BROX Grundbegriffe des Arbeitsrechts,
 Kohlhammer, Stuttgart, 4. Aufl., 1974.
- BRUCK - MÖLLER Kommentar zum Versicherungsvertragsge-
 setz,
 Berlin, 8. Aufl., 1961.
- BRUNS Die Bewirkung der Leistung im Sinne des
 § 110 BGB,
 Diss. Erlangen, 1912.

- CANARIS Atypische faktische Arbeitsverhältnisse,
BB 67, 165 ff.
- COLONIUS Das Wirksamwerden von Rechtsgeschäften
Minderjähriger durch Erfüllungsbehand-
lung (§ 110 BGB),
Diss. Göttingen, 1927.
- CROME System des deutschen Bürgerlichen Rechts,
Band I, Allgemeiner Teil, 1900.
- DERNBURG Das Bürgerliche Recht des Deutschen
Reichs und Preußens, Band 1, Die all-
gemeinen Lehren, 3. Aufl., 1906.
- DUVERNELL Probleme des § 110 BGB,
Diss. Köln, 1937.
- EHMANN Über den Begriff des rechtlichen Grun-
des im Sinne des § 812 BGB,
NJW 69, 398 ff.
- EHMANN Die Funktion der Zweckvereinbarung bei
der Erfüllung,
JZ 68, 549 ff.
- ENNECCERUS - KIPP -
WOLFF Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Bd. 1, 1.2., 15. Aufl., Bearbeitung
 Nipperdey
Bd. 2, 15. Aufl., Bearbeitung H. Lehmann
Bd. 3, 10. Aufl., Bearbeitung M. Wolff
 und L. Raiser.
- ERMAN Handkommentar zum BGB, 6. Aufl.,
2 Bände, Münster-Aschendorf, 1975.
- FELGENTRÄGER Fr. C. v. Savignys Einfluß auf die Über-
eignungslehre, 1927.
- FIKENTSCHER Lehrbuch des Schuldrechts,
4. Aufl., 1973.
- FLUME Allgemeiner Teil, 2. Band, Das Rechtsge-
schäft, 2. Aufl., 1974.

- GANSKE Fragen zum Taschengeldparagrafen,
RdJ 64, 208.
- GRZEBINASCH Die Überlassung freier Mittel an Minder-
jährige (BGB § 110),
Diss. Heidelberg, 1912.
- HANAU - ADOMEIT Arbeitsrecht, Metzner, Frankfurt,
3. Aufl., 1974.
- HAUPT Über faktische Vertragsverhältnisse,
abgedruckt in: Festschrift der Leipziger
Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber
zum 10. April 1940, Band 2, Leipzig,
1941, S. 1 - 36.
- HEDEMANN Beleihung von Versicherungen mit An-
spruchsberechtigung von Minderjährigen,
VersR 52, 189 ff.
- HEUKING Geschäftsfähigkeit und beschränkte Ge-
schäftsfähigkeit im Arbeitsrecht,
Diss. Münster, 1969.
- HÖLDER Zum Allgemeinen Teil des Entwurfs eines
deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs,
AcP 73, S. 1 ff.
- HÖLDER Kommentar zum allgemeinen Teil des
Bürgerlichen Gesetzbuchs,
München, 1900.
- HUECK Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft,
1937.
- HUECK - NIPPERDEY Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd.,
7. Aufl., 1963.
- JOHANNSEN Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg
v. 24.9.1955,
Lindenmaier - Möhring § 104 Nr. 2.
- KASER Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch,
6. Auflage, München, 1968.

- LANGE - KÖHLER BGB, Allgemeiner Teil,
Kurzlehrbuch, 16. Aufl., München, 1977.
- LANGE Die Eindämmung von Nichtigkeit und An-
fechtbarkeit,
AcP 144, 149 ff.
- LANGE Rechtsgrundunabhängigkeit der Verfügung
im Boden- und Fahrnisrecht,
AcP 146, 28 ff.
- LARENZ Allgemeiner Teil des deutschen Bürger-
lichen Rechts,
4. Aufl., 1977.
- LARENZ Lehrbuch des Schuldrechts,
Band 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
1975.
- LARENZ Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2,
Besonderer Teil, 10. Aufl., 1972.
- LEHMANN - HÜBNER Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-
setzbuchs, 16. Aufl., 1966.
- MEDICUS Bürgerliches Recht,
7. Auflage, Köln, 1975.
- MEDICUS Besitzschutz durch Ansprüche auf
Schadensersatz,
AcP 165, 115 ff.
- MERKEL Die faktischen Vertragsverhältnisse und
das Problem der Geschäftsfähigkeit,
Diss. Nürnberg, 1962.
- MUGDAN Die gesamten Materialien zum BGB,
5 Bände und Sachregister, Berlin, 1899.
- NIKISCH Arbeitsrecht, Erster Band, 3. Aufl.,
Tübingen, 1961.

- OERTMANN Bürgerliches Gesetzbuch,
1. Buch, Allgemeiner Teil,
2. Aufl., 1908 und 3. Aufl., 1927.
- OERTMANN Deutsches Arbeitsvertragsrecht,
Berlin, 1923.
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch,
37. Aufl., München, 1978.
- PAULY - WISSOWA Realencyclopädie der klassischen Alter-
tumswissenschaft,
37. Halbband, Stuttgart, 1937.
- PAWLOWSKI Die Ansprüche des Vermieters eines
Kraftfahrzeugs gegen den minderjähri-
gen Mieter - OLG Hamm NJW 66, 2357,
JuS 67, 302 ff.
- PLANCK - FLAD Kommentar zum BGB nebst Einführungs-
gesetz, Band 1, 4. Aufl., 1906.
- PLOSCHKE Die Rechtsgeschäfte Minderjähriger im
Rahmen des § 110 BGB,
Diss. Breslau, 1929.
- Reichsgerichtsräte -
Kommentar Das Bürgerliche Gesetzbuch mit beson-
derer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung des Reichsgerichts und des Bun-
desgerichtshofs,
Kommentar, herausgegeben von Reichs-
gerichtsräten und Bundesrichtern,
Bd. 1 - 6, 11. Aufl., Berlin,
1959 - 1970.
- RIEZLER Venire contra factum proprium,
1912.
- ROHDE Muß ein Mahnschreiben gemäß § 39 VVG
dem gesetzlichen Vertreter eines min-
derjährigen Versicherungsnehmers zu-
gehen, um wirksam zu sein?
VersR 60, 295.
- ROTHER Grundsatzkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Karls-
ruhe, 1973.

- ROTHER Grundsatzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeines Schuldrecht, Karlsruhe, 1974.
- ROTHER Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft,
AcP 169, 1 ff.
- SAFFERLING Die Auslegung des sogen. Taschengeldparagraphen,
Rpfl. 72, 124 ff.
- SCHMIDT, Hans Das Verhältnis von § 110 BGB zu § 1822 Ziff. 5 BGB beim Abschluß von Lebensversicherungsverträgen durch Minderjährige,
VersR 66, 313 ff.
- SCHMIDT, Rudolf Bürgerliches Recht, Bd. 1, Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts,
2. Aufl., 1952.
- SCHREIBER Schuld und Haftung, 1914.
- SCHULZ Zweifelsfragen bei Vertragsabschlüssen mit Minderjährigen,
ZfV 61, 485 ff.
- SCHULZ Gibt es einen Generalkonsens im Minderjährigenrecht?
DB 63, 407.
- SCHLEGELBERGER -
VOGELS - BECKER Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Berlin, 1939.
- SINTENIS Das practische gemeine Civilrecht,
Bd. 1, 3. Aufl.
- SOERGEL - SIEBERT Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
10. Aufl., Bd. 1 - 7, Stuttgart, 1959 -
1970.
- SOHM Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts,
15. Aufl., Leipzig, 1917.

- Statistisches Bundesamt Heft: Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen; Reihe 17; Gehalts- und Lohnstrukturhebungen,
I. Gewerbliche Wirtschaft und Dienstleistungsbereich
 Angestelltenverdienste, Ausg. 1966.
 Arbeiterverdienste, Ausg. 1966 und Ausg. 1972.
- v. STAUDINGER Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
 Band I ff, 11. Aufl. im Erscheinen, Berlin, 1954 ff.
- v. TUHR Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts,
 3 Bände, 1910 bis 1918.
- VOGEL Rechtliche Bedeutung der Versicherungsverträge Minderjähriger,
 Leipziger Zeitschrift 1920 Spalte 375 ff.
- v. WATZDORF Umfang des § 110 BGB (Enthält er einen Generalkonsens?),
 Diss. Breslau, 1930.
- WEIMAR Wann führen Teilleistungen eines beschränkt Geschäftsfähigen zur Rechtswirksamkeit eines Vertrages?
 DB 63, 1602.
- WEIMAR Der Taschengeldparagraph § 110 BGB,
 MDR 1964, 208.
- WEIMAR Der Generalkonsens bei Geschäften beschränkt Geschäftsfähiger,
 JR 66, 91 ff.
- WOLF, Ernst Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, Köln, 1973.
- WOLTERECK Versicherungsverträge Minderjähriger oder Entmündigter und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts,
 VersR 65, 649 ff.
- ZITELMANN Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Leipzig, 1900.

A EINLEITUNG

1. Der Minderjährigenschutz bildet eines der hervorragenden Themen im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das BGB sieht in der vollen Geschäftsfähigkeit den Regelfall, während die Geschäftsunfähigkeit und die beschränkte Geschäftsfähigkeit als Ausnahme behandelt werden. Dies folgt aus dem Aufbau des Gesetzes, das nicht den Begriff der Geschäftsfähigkeit definiert, sondern in den §§ 104, 106 und 114 BGB nur festlegt, wer nicht voll geschäftsfähig ist¹⁾. Der Gesetzgeber hat das Schutzprinzip in pauschaler, nicht sehr differenzierender Weise geregelt. Er teilt die Jugendlichen in drei Altersgruppen ein, getrennt nach s t a r r e n A l t e r s g r e n z e n . Wer das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist geschäftsunfähig (§§ 104, 105 BGB) und kann keine Rechtsgeschäfte selbständig vornehmen. Dies müssen die gesetzlichen Vertreter für ihn tun. Wer indessen älter als sieben Jahre, aber noch nicht achtzehn Jahre alt ist, den bezeichnet der Gesetzgeber als "beschränkt geschäftsfähig". Voll geschäftsfähig ist dagegen erst, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

Mit dieser generalisierenden Betrachtungsweise, die allein auf die Anzahl der vollendeten Lebensjahre abstellt, ist die gesetzliche Regelung nicht erschöpft. Innerhalb der Altersgruppe der beschränkt Geschäftsfähigen sind alle Geschäfte des Minderjährigen wirksam, die für ihn v o r t e i l h a f t oder zumindest rechtlich neutral sind (§ 107 BGB). Hier kommt es allein auf die rechtliche Vorteilhaftigkeit an, nicht etwa darauf, ob das konkrete Geschäft wirtschaftlich günstig ist oder ob der Minderjährige ein besonderes Interesse gerade an diesem Geschäft hat.

Diese generellen Regelungen allein reichen sicherlich nicht aus, die Rechtsstellung Jugendlicher in befriedigendem Maße festzulegen. Vielmehr sind auch das konkrete Rechtsgeschäft und die

1) Staudinger, Vorbemerkung vor § 104 Rdn. 10; Palandt, vor § 104 Anmerkung 2; Erman, Vorbemerkung zu § 104 Anmerkung 2; Soergel, § 104 Rdn. 2; ebenso Johannsen, LM § 104 Nr. 2, der auch die Frage erörtert, wer die Beweislast für die Geschäftsunfähigkeit beziehungsweise beschränkte Geschäftsfähigkeit zu tragen hat.

individuelle Lage der Minderjährigen zu berücksichtigen. Durch die Rechtsfiguren der "Zustimmung" (§§ 107, 108 BGB) und der "Ermächtigung" (§§ 112, 113 BGB) ist es möglich, daß auch belastende Geschäfte von beschränkt Geschäftsfähigen gültig werden. Durch diese Rechtsfiguren wurde die Entscheidung über die Frage, ob der Vertrag des Minderjährigen gültig sein soll, vom Gesetzgeber nicht a priori festgelegt. Vielmehr wurde diese Entscheidung dem gesetzlichen Vertreter für jeden Einzelfall übertragen. Er soll jedes einzelne Rechtsgeschäft zum Beispiel daraufhin überprüfen, ob gerade dieser Minderjährige fähig und willens ist, seiner Leistungspflicht nachzukommen, ob die Gegenleistung für sich gesehen zweckmäßig und sinnvoll für diesen Jugendlichen in seiner konkreten Lage ist und ob das Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung vorteilhaft oder zumindest angemessen ist.

Eine kritische Betrachtung der gesetzlichen Regelung kann an verschiedenen Stellen ansetzen. Betrachtet man die fixierten **A l t e r s g r u p p e n**, so kann man folgendes einwenden: Warum kann ein Achtjähriger bereits selbständig gewisse Rechtsgeschäfte vornehmen, während ein um zwei Jahre Jüngerer gar keine Rechtsgeschäfte tätigen kann, nicht einmal rechtlich vorteilhaft? Ist es angemessen, einen Siebzehnjährigen mit einem Achtjährigen rechtlich gleichzustellen? Gegen die Festlegung starrer Altersgrenzen spricht vor allem, daß die individuelle Entwicklung des Minderjährigen außer Acht bleibt. Gleichwohl ist dieses Gestaltungsmittel von Nutzen, schon wegen seiner Klarheit. Der Rechtsverkehr kann sich an den Altersstufen orientieren. Wer mit einem Fünfjährigen einen Vertrag schließt, soll wissen, daß der Vertrag niemals wirksam wird. Wer dagegen mit einem Neunzehnjährigen ein Rechtsgeschäft vornimmt, kann auf die Gültigkeit des Geschäftes vertrauen.

Gegen die Regelung, daß ein **v o r t e i l h a f t e s** Geschäft eines beschränkt Geschäftsfähigen immer gültig ist, läßt sich zwar einwenden, daß dem Jugendlichen dadurch manches günstige, das heißt nur wirtschaftlich, nicht aber rechtlich vorteilhafte Geschäft entgeht. Aber er bleibt auch von vielen ungünstigen Verträgen verschont, bei denen zum Beispiel seine wirtschaftliche Unerfahrenheit ausgenutzt werden würde.

Betrachtet man die Rechtsstellung des beschränkt Geschäftsfähigen insgesamt, so ist festzustellen, daß die "Beschränkungen" wesentlich weiter gehen als seine "Geschäftsfähigkeit". Dem Geschäftsunfähigen gegenüber besteht seine "verbesserte Rechtsstellung" zum einen darin, daß er selbständig Rechtsgeschäfte vornehmen kann, wenn sie für ihn rechtlich vorteilhaft sind. Praktisch hat das aber keine allzu große Bedeutung, wenn man bedenkt, daß darunter zum Beispiel kein Kaufvertrag fällt. Der Jugendliche würde ja belastet werden, denn er wäre zur Leistung verpflichtet. Im Gegensatz zum Geschäftsunfähigen kann der Minderjährige auch nachteilige Rechtsgeschäfte vornehmen. Dazu ist "nur" die Zustimmung oder Ermächtigung der gesetzlichen Vertreter erforderlich. Das bedeutet aber, daß der Minderjährige kein gültiges Geschäft selbständig vornehmen kann. Erst die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters macht die Geschäfte wirksam. Somit hat der Gesetzgeber den beschränkt Geschäftsfähigen praktisch kaum besser gestellt als den Geschäftsunfähigen.

2. Eine Besonderheit gegenüber dem allgemeinen Zustand scheint nun § 110 BGB zu bringen, da nach dieser Vorschrift die Verträge Minderjähriger auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam sind, wenn die weiteren Voraussetzungen dieser Norm erfüllt sind. Wenn § 110 BGB auch oft als "Taschengeldparagraph" bezeichnet wird, so ist dieser Ausdruck unzutreffend. Dieser Terminus ist weder legal definiert noch ist er in den Motiven erwähnt. Richtig ist zwar, daß viele Verträge, zu deren Erfüllung Taschengeld verwendet wird, gemäß § 110 BGB wirksam werden. Trotzdem ist seine Bezeichnung als Taschengeldparagraph zu eng¹⁾. Zum Beispiel können auch solche Verträge, die eine Verwendung des Arbeitsverdienstes²⁾ von Minderjährigen betreffen, über § 110 BGB Gültigkeit erlangen. Dasselbe gilt bei der Verfügung über Stipendien und Vergütungen aus Verhältnissen. Da diese Einkunftsarten betragsmäßig viel höher sind als das überlassene Taschengeld, ist die Bezeichnung des § 110 als Taschengeldparagraph unzutreffend.

Die wirtschaftliche Bedeutung derjenigen Verträge, die gemäß

1) Ebenso Medicus, § 8 II 2; Flume, S. 199.

2) Vgl. Seite 108 ff.

§ 110 BGB wirksam werden, ist sowohl von der Zahl als auch vom Umfang her beachtlich. Wenn sich auch keine Aufteilung in der Weise treffen läßt, wieviele Verträge gemäß §§ 107, 108 BGB, wieviele nach § 110 BGB und wieviele gemäß §§ 112, 113 BGB wirksam werden, so wird doch die wirtschaftliche Bedeutung all dieser Normen klar, wenn man bedenkt, welche hohen Geldbeträge Jugendliche oft besitzen.

Schon um die Jahrhundertwende war festzustellen¹⁾, es sei Sitte, daß heranwachsende Minderjährige gewisse Geldbeträge zur freien Verfügung oder zur Verwendung für einen bestimmten Zweck zugewiesen bekämen. Für die heutige Zeit können folgende Zahlen veranschaulichen, um welche Geldmittel es sich dabei handelt. Im Jahre 1966 hatten die minderjährigen, männlichen Angestellten²⁾ in allen Wirtschaftszweigen in der Bundesrepublik Deutschland einen durchschnittlichen Bruttoverdienst von DM 540,-- pro Monat, die weiblichen von DM 490,--. Die männlichen Arbeiter unter 18 Jahren³⁾ verdienten im selben Jahr in allen Wirtschaftszweigen durchschnittlich DM 118,-- (im Jahre 1972: DM 196,--). Auch wenn durchschnittlich ca. 25 % des Bruttoverdienstes an gesetzlichen Abzügen (Lohnsteuer, Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung) abzurechnen sind⁴⁾ und ferner zu berücksichtigen ist, daß von

1) Motive zum BGB, Mugdan, S. 433.

2) Statistisches Bundesamt, Heft: Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen; Reihe 17; Gehalts- und Lohnstrukturerhebungen, I. Gewerbliche Wirtschaft und Dienstleistungsbereich, Angestelltenverdienste, Ausgabe 1966 (erschienen 1970), Seite 31 und 121. Bei dieser Veröffentlichung handelt es sich um die neueste Statistik, in der die Verdienste nach der Altersstruktur gegliedert sind. In der Neuauflage vom September 1976 (für das Jahr 1972) ist nicht mehr nach Altersgruppen unterschieden. Es sei erwähnt, daß die Altersgruppe in der o.g. Veröffentlichung bis zum 21. Lebensjahr geht, entsprechend der im Jahre 1966 geltenden Rechtslage, § 2 BGB a.F. Folglich ist auch ein unmittelbarer Vergleich mit den Zahlen über die Arbeiterverdienste nicht möglich, da dort (vergleiche Anmerkung 3) nur die Gruppe bis zu 18 Jahren erfaßt ist.

3) Statistisches Bundesamt, Heft: Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen; Reihe 17; Gehalts- und Lohnstrukturerhebungen, I. Gewerbliche Wirtschaft und Dienstleistungsbereich, Arbeiterverdienste, Ausgabe 1966 (erschienen Oktober 1970) Seite 107 und 111 und Ausgabe 1972 (erschienen April 1976) Seite 82 und 83. In dieser Statistik wird der Bruttoverdienst der Minderjährigen nur von den unter 18-jährigen wiedergegeben. Über den Verdienst der Gruppe der 18- bis 21-jährigen liegt keine Statistik vor. Doch dürfte der Verdienst sehr viel höher liegen, da mit 18 Jahren gewöhnlich die Berufsausbildung beendet ist.

4) Vergleiche dazu die beiden vorstehenden Fußnoten. In den Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes sind auch die gesetzlichen Abzüge angegeben.

diesem volkswirtschaftlich verfügbaren Einkommen ein Teil für die Haushaltsführung an die Eltern abgeliefert wird, so bleibt dennoch ein beträchtlicher Teil in Händen der Minderjährigen. Wie Jugendliche ihr Einkommen beziehungsweise andere Geldmittel verwenden, läßt sich kaum generell feststellen. Es hängt in starkem Maß von seinen jeweiligen Lebensumständen ab, unter anderem auch davon, ob er im Haushalt der Eltern lebt und versorgt wird oder ob er bereits ganz oder teilweise einen eigenen Haushalt führt. Unabhängig davon kann man jedoch feststellen, daß Minderjährige einen beachtlichen Faktor in der Konsumindustrie darstellen.

3. Ein Blick in die Rechtsgeschichte zeigt, daß § 110 BGB weder im römischen Recht noch im germanischen Recht unmittelbare Vorläufer hatte¹⁾.

Im r ö m i s c h e n Z i v i l r e c h t stand dem paterfamilias die väterliche Gewalt über den filiusfamilias zu. Obwohl der filiusfamilias kontrahieren und Eigentumserwerbsgeschäfte vornehmen konnte, erwarb er nicht für sich, sondern für den paterfamilias²⁾. Im Gegensatz dazu wird bei § 110 BGB der Minderjährige Rechtsinhaber. Nach späterem Recht erlangte der filiusfamilias die aktive Vermögensfähigkeit in bestimmten Bereichen. Alles was er als Soldat (sog. bona castrensia), was er im öffentlichen Dienst, in der Advokatur oder durch eine kaiserliche Zuwendung (sog. bona quasi castrensia) erwarb, hatte er zu Eigentum und zur freien Verwaltung. Was er von einem Dritten - mit Ausnahme vom paterfamilias - erwarb, erhielt er zu Eigentum. Der Vater erwarb daran nur den Nießbrauch und übte die Verwaltung aus. Nur über die bona adventicia irregularia (wenn zum Beispiel der zuwendende Dritte das väterliche Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht ausschloß) erhielt der filiusfamilias das Verwaltungsrecht. Dennoch besteht ein wichtiger Unterschied zum deutschen Recht der Gegenwart: Bei § 110 BGB kommt es unter anderem auf die willentliche Überlassung durch den gesetzlichen Vertreter an, dagegen trat im römischen Recht die Berechtigung auf Grund Gesetzes³⁾ ein.

1) Boethke, DJZ 1903, 450.

2) Sohm, S. 651.

3) Colonius, S. 58; Grzebinasch, S. 3.

Der paterfamilias konnte ihm die Gegenstände nicht entziehen.¹⁾

Auch das peculium profectitium²⁾ ist dem § 110 nicht vergleichbar. Darunter versteht man das Sondergut, das der paterfamilias freiwillig einem subjectus zur eigenen Bewirtschaftung und Verwaltung übergab³⁾. Denn der Gegenstand blieb dennoch im Eigentum des Vaters; der Sohn hatte nur ein Verwaltungsrecht. Der Vater haftete aus dem Kontrakt des Sohnes⁴⁾. Dagegen kennt § 110 BGB nur die Eigenverpflichtung des Minderjährigen. Schließlich mußte der paterfamilias nur in Höhe des peculium haften, aber für alle Geschäftsschulden, gleichgültig ob sie mit dem peculium in Zusammenhang standen⁵⁾. Das BGB will die bloße betragsmäßige Beschränkung dadurch vermeiden, daß der Vertrag nur wirksam wird, wenn die überlassenen Mittel auch verwendet werden⁶⁾.

Im g e m e i n e n R e c h t gab es keine allgemeine Rechtsgrundlage für einen Tatbestand, der dem § 110 BGB vergleichbar ist. Sintonis⁷⁾ scheint einen gewohnheitsrechtlichen Tatbestand anzunehmen, wenn er ausführt: "eine durch ... allgemeine Sitte und Gebrauch begründete rechtliche Erscheinung ist es anzusehen, daß ... herangewachsene Kinder, ... über die ihnen von ihren Vormündern oder Eltern gegebenen, oder sonst erworbenen kleinen Summen wie Taschengeld gültig verfügen und die zu sonstigen Zwecken bestimmten dazu verwenden können".

Eine konkrete Regelung enthält dagegen das preußische Recht, welches in § 127 Teil II, Tit. 2 ALR bestimmte: "Wenn ein Vater sein Kind zu einer gewissen Bestimmung außer seinem Hause widmet, so genehmigt er eben dadurch alle Handlungen und Verträge desselben, ohne welche das Kind diese Bestimmung nicht erfüllen kann."

1) Pauly - Wissowa, S. 14.

2) Sohm, S. 651; gegen diesen Terminus Kaser, S. 344, Fußnote 26.

3) Pauly - Wissowa, S. 14.

4) Sohm aaO.

5) Kaser, S. 606; Pauly - Wissowa, S. 14 mwN.

6) Mugdan, Motive zum BGB, S. 433.

7) Sintonis, S. 142, Fußnote 32.

Da unter diese Bestimmung hauptsächlich Arbeits- und Dienstverträge fallen, ist diese Vorschrift inhaltlich eher mit § 113 BGB vergleichbar.

Zur Würdigung der historischen Entwicklung, die zur Schaffung des § 110 BGB führte, gehört auch die Erörterung der "Motive". Davon soll jedoch an dieser Stelle abgesehen werden. Denn eine genaue Analyse der Motive ist später ¹⁾ nötig, da sie einen wichtigen Beitrag zur rechtlichen Einordnung des § 110 BGB liefern.

1) Vergleiche dazu Seite 10 ff.

B DIE HAUPTPROBLEME DES § 110 BGB

§ 110 BGB bestimmt:

"Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind."

Beim ersten Blick auf diese Bestimmung könnte man meinen, daß der Gesetzgeber hier eine klare Norm geschaffen habe und daß folglich kaum Zweifelsfragen auftauchen könnten. Dieser erste Eindruck hält jedoch einer näheren Nachprüfung nicht stand.

Zum einen ist fraglich, wie sich § 110 BGB zu den §§ 107 und 108 BGB verhält. Zur Darlegung des Problems mag folgender Fall dienen: Der gesetzliche Vertreter übergibt dem minderjährigen Kind einen gewissen Geldbetrag, damit es sich hiervon bestimmte Schulbücher kaufen kann. Falls das Kind dementsprechend handelt und die erforderlichen Verträge abschließt, stellt sich die Frage, ob diese Verträge nach § 107 BGB wirksam sind. Denn der gesetzliche Vertreter hat diese Verträge gebilligt. Hat er damit aber auch seine "Einwilligung" im Sinne des § 107 BGB erteilt? Wenn man dies bejaht, ist zu prüfen, welche Bedeutung § 110 BGB dann noch hat. Ist § 110 BGB nicht überflüssig, wenn die Verträge schon nach § 107 BGB wirksam sind? Vertritt man dagegen die Auffassung, daß die Verträge nicht bereits nach § 107 BGB wirksam sind, so muß folgendes untersucht werden: Ist es überhaupt möglich, daß der gesetzliche Vertreter dem Jugendlichen Geld zu einem Bücherkauf gibt, ohne zugleich eine "Zustimmung" im Sinne des § 107 BGB zu erteilen? Damit stellt sich das Problem, ob § 110 BGB nicht in sich selbst widersprüchlich ist. Einerseits verlangt § 110, der Vertrag müsse "ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters" geschlossen sein. Andererseits kann die Überlassung des Geldes auch für einen bestimmten Zweck, in unserem Beispiel zum Zwecke des Bücherkaufs, erfolgen. Ist dies aber möglich, ohne daß der gesetzliche Vertreter zugleich dem Kaufvertrag zustimmt?

In ähnlicher Weise unklar ist die Rechtslage bei folgender Fallkonstellation:

"Ein ... o h n e Z u s t i m m u n g des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als ... wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke ... m i t Z u s t i m m u n g des gesetzlichen Vertreters von einem Dritten überlassen worden sind."

Ist es nicht widersprüchlich, von der fehlenden Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (zum Beispiel zu einem Bücherkauf) auszugehen, wenn andererseits die Mittel zu diesem Kauf dem Minderjährigen mit seiner Zustimmung überlassen wurden? Die Hauptproblematik des § 110 BGB liegt also in folgendem: Wird der schwebend wirksame Vertrag deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm durch die "Mittelüberlassung" bzw. durch seine "Zustimmung zur Mittelüberlassung eines Dritten" z u g e s t i m m t hat, oder deshalb, weil die Leistungsbewirkung den Vertrag h e i l t ?

Die rechtliche Behandlung dieses Problems
in den Materialien, der Literatur und der
Rechtsprechung.

Die Diskussion über § 110 entbrannte wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB und ist auch heute noch nicht abgeschlossen. Im folgenden soll die Entwicklung dieser Debatte in verschiedenen Gegenstandsbereichen aufgezeigt werden:

- a) in der Analyse der dem BGB zugrundeliegenden Materialien,
- b) im Nachweis eines Wandels in der Literatur,
- c) in einer kritischen Würdigung der sich ändernden Rechtsprechung.

Der neueren Literatur und Rechtsprechung wird dabei besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

a. Die Materialien

Vor Inkrafttreten des BGB lagen drei Entwürfe¹⁾ vor, die sich mit dem Inhalt des heutigen § 110 befaßten. Die unterschiedlichen Formulierungen in diesen Entwürfen offenbaren, daß schon damals Unklarheit über die rechtliche Einordnung dieses Tatbestands herrschte. Dies zeigt sich vor allem darin, daß man uneins war, ob die Worte "ein ohne Zustimmung geschlossener Vertrag" aufgenommen werden sollten, ab wann der Vertrag wirksam sein sollte ("... von Anfang an ...") und ob es heißen sollte, daß der Vertrag wirksam "ist" oder "als wirksam gilt".

Der erste Entwurf formulierte im § 69: "Der von einem Minderjährigen geschlossene Vertrag g i l t als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige ...".

Dagegen lautete der zweite Entwurf in seinem § 54: "Ein von dem Minderjährigen o h n e Z u s t i m m u n g des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag i s t von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige ...".

Der dritte Entwurf, der sich hinsichtlich der Rechtsfolgeseite mit dem ersten Entwurf übereinstimmt, gab der Vorschrift die heutige, in § 110 festgelegte Fassung: "Ein von dem Minderjährigen o h n e Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag g i l t als von Anfang an wirksam ...".

Zu der Frage, ob mit der Mittelüberlassung zugleich eine konkludente Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag erteilt wird, nehmen die Motive²⁾ folgendermaßen Stellung:

"Die Rechtsordnung hat jener Sitte (nämlich die Sitte, Minderjährigen Geld zu überlassen; Anmerkung des Verfassers) dadurch gerecht zu werden, daß der Überweisung die durch den Zweck derselben erforderte rechtliche Wirkung beigelegt wird. Aus dem Zweck der Überweisung folgt unmittelbar, daß der Minderjährige zu

1) Mugdan, Motive zum BGB, Bd. 1, S. LXXVII.

2) Mugdan, Motive zum BGB, Seite 433.

denjenigen Rechtsgeschäften, durch die er das überwiesene Vermögen veräußert, einer besonderen Einwilligung nicht mehr bedarf. Dem praktischen Bedürfnisse wird aber durch die Wirksamkeit der von ihm geschlossenen einschlagenden d i n g l i c h e n Verträge nicht genügt. Den Verträgen dieser Art liegt immer ein materieller Rechtsgrund, in der Regel ein Schuldverhältnis, zu dessen Erfüllung der dingliche Vertrag dient, zu Grunde. Dem Minderjährigen, dem ein Taschengeld gegeben ist und welcher Gegenstände mit ihm kauft, ist nicht damit geholfen, daß der Vertrag, durch den er die den Betrag des Kaufpreises bildende Summe dem Verkäufer zu Eigentum überträgt, gültig ist: Vielmehr kommt es wesentlich auf den zu Grunde liegenden K a u f v e r t r a g an. Bedarf es zu dessen Wirksamkeit noch der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, und verweigert dieser sie, so könnte sowohl der Minderjährige das dem Verkäufer übertragene Geld als dieser den dem Minderjährigen übertragenen Kaufgegenstand zurückfordern, da die eine wie die andere Eigentumsübertragung, obwohl an sich gültig, doch ohne rechtlichen Grund (§ 748, Anmerkung: heute § 812 BGB) erfolgt sein würde. Auch der Kaufvertrag muß also, wenn der Zweck der Überweisung erreicht werden soll, unantastbar sein."

Diese Stelle aus den Motiven besagt also, daß für die Frage, ob mit der Mittelüberlassung zugleich eine konkludente Zustimmung erteilt wird, zwischen den eventuell notwendigen d i n g l i c h e n Rechtsgeschäften und dem ihnen zugrunde liegenden s c h u l d r e c h t l i c h e n Vertrag zu unterscheiden ist.

Hinsichtlich des d i n g l i c h e n Rechtsgeschäfts, das auf seiten des Minderjährigen eine Verfügung enthält, also belastend ist, tritt die Wirksamkeit ein, wenn der "Zweck der Überweisung" erreicht ist. Ob hierin eine Zustimmung im Sinne der §§ 107, 108 BGB zum dinglichen Vertrag liegt, wird zwar nicht in eindeutiger Weise geklärt. Die Motive sehen wohl im "Zweck der Überlassung" eine Zustimmung a l l g e m e i n e r Art, denn es bedarf

keiner "besonderen Einwilligung" mehr. Folglich werden die dinglichen Verträge, so die Motive, aufgrund der Zustimmung wirksam.

Die Bedeutung des § 110 scheint nach den Motiven allein darin zu liegen, den s c h u l d r e c h t l i c h e n Vertrag wirksam zu machen. Falls ein belastender schuldrechtlicher Vertrag vom Minderjährigen geschlossen wurde, ist er nach den allgemeinen Regeln schwebend unwirksam. "Tritt die Erfüllung seitens des Minderjährigen hinzu, so wirkt sie so, wie die Genehmigung des Vertreters oder des Minderjährigen nach Erlangung der vollen Geschäftsfähigkeit." Diese Stelle aus den Motiven¹⁾ beweist, daß die Erfüllung gemäß § 110 dieselbe rechtliche Kraft wie die Genehmigung hat, nämlich die, einen schwebend unwirksamen Vertrag gültig zu machen. Beide Rechtsinstitute, § 110 und die Zustimmung, stehen gleichrangig nebeneinander. In § 110 BGB ist somit kein Anwendungsfall der §§ 107, 108 BGB zu sehen, sondern es liegt eine e c h t e A u s n a h m e v o r s c h r i f t vor.

Bemerkenswert für die weitere Erörterung ist, daß die Motive die zwei Alternativen des § 110, nämlich die "Überlassung zu diesem Zweck" und die "Überlassung zur freien Verfügung", bei der rechtlichen Einordnung nicht unterscheiden.

Den Motiven ist also folgende Aussage zu entnehmen:

§ 110 BGB, der allein für s c h u l d r e c h t l i c h e Verträge Bedeutung hat, ist als Ausnahmefall von dem Grundsatz der §§ 107, 108 BGB zu sehen. Auch wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters fehlt, wird der schuldrechtliche Vertrag dennoch durch die Erfüllung seitens des Minderjährigen wirksam. Soweit jedoch die d i n g l i c h e n Verträge zustimmungsbedürftig sind, richtet sich die Wirksamkeit allein nach den §§ 107, 108 BGB.

1) Mugdan, Motive zum BGB, Seite 434.

b. Die Literatur

In den Jahren nach Inkrafttreten des BGB schloß sich ein großer Teil der Literatur ¹⁾ der Meinung der Motive an ²⁾. Man nahm also an, die Mittelüberlassung enthalte keine konkludente Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag, § 110 stelle somit einen besonders geregelten Ausnahmefall zu den §§ 107, 108 BGB dar.

Bemerkenswert ist ferner, daß zu jener Zeit viele Kommentare ³⁾ die rechtliche Einordnung des § 110 oftmals zusammen mit der Frage erörterten, ob ein Generalkonsens zulässig sei ⁴⁾.

Dabei stand nicht die Erörterung des § 110 im Mittelpunkt. Vielmehr ging man von der Problematik des Generalkonsenses aus.

§ 110 BGB wurde oftmals nur als Begründung herangezogen - von den einen als Argument dafür, daß der Generalkonsens zulässig sei - "wie § 110 ja zeige" -, von den anderen als Beweis für seine Unzulässigkeit ⁵⁾.

- 1) - Oertmann, 2. Auflage (1908) und 3. Auflage (1927) jeweils Anmerkung 1 zu § 110: "Unmöglich kann man darin, daß der Vertreter dem Minderjährigen Mittel zur freien Verfügung gibt, eine stillschweigende Genehmigung aller vom Minderjährigen etwa geschlossenen, dem Vertreter vielleicht ganz unbekannten ... Geschäften des Minderjährigen erblicken."
- Planck - Flad, Anmerkung 1 zu § 110: "Die Ansicht, daß der § 110 nur eine Konsequenz des Grundsatzes ausspreche, daß die Genehmigung auch stillschweigend erfolgen könne ..., läßt sich höchstens für solche Fälle rechtfertigen, in welchen der Vertreter dem Minderjährigen die Mittel zur Erfüllung eines bestimmten Vertrages überlassen hat, nicht aber für solche Fälle, in welchen die Überlassung zur freien Verfügung erfolgt ist."
- Crome, AT, § 110 Anmerkung 3, Seite 368: "vorher besteht regelmäßig noch keine genügende Beziehung der in der Überlassung liegenden Zustimmung zu dem tatsächlich geschlossenen einzelnen Geschäft, so daß man sagen könnte, der gesetzliche Vertreter habe gerade zu diesem eingewilligt."
- 2) Oben Seite 10 ff.
- 3) Crome, § 110, Anmerkung 6; Oertmann, aaO; Planck, aaO.
- 4) Damals konnten sich weder diejenigen, welche den Generalkonsens für zulässig hielten, noch deren Gegner eindeutig durchsetzen. Nach Duvernell (Seite 10) war im Jahre 1936 die Zahl der Gegner und Befürworter des Generalkonsenses nahezu gleich.
- 5) So sprechen sich Oertmann und Planck, die beide in § 110 eine Ausnahme von § 107 BGB sehen, hier kontrovers aus: Oertmann (2. und 3. Auflage, jeweils § 107 Anmerkung 4) erkennt den Generalkonsens an. Nach Planck (4. Auflage, § 110 Anmerkung 6) wollte das Gesetz nur in den Fällen der §§ 110, 112, 113 eine generelle "Einwilligung" zulassen.

Die zwei genannten Fragen (nämlich einerseits, ob § 110 BGB eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag enthält, und andererseits, ob ein Generalkonsens zulässig ist) müssen nicht gemeinsam behandelt werden. Vielmehr ist es durchaus möglich, den § 110 BGB abzuhandeln, ohne darüber zu entscheiden, ob man eine generelle Zustimmung für zulässig hält. Dies ist ersichtlich, wenn man die zwei diametralen Standpunkte zum Generalkonsens gegenüberstellt. Wer den Generalkonsens in a l l e n Fällen für zulässig hält, wird argumentieren: Wie § 110 BGB zeigt, hat der historische Gesetzgeber hier e i n e n Fall der generellen Zustimmung geregelt. Warum - so werden die Befürworter des Generalkonsenses weiter argumentieren - sollten aber andere, nicht gesetzlich geregelte Fälle unzulässig sein?

Auch die entgegengesetzte Meinung, die den Generalkonsens in keinem Falle für zulässig erachtet, kann sich "auf das Gesetz" berufen: Wie § 110 BGB zeigt - so könnte sie sagen -, ist ein Generalkonsens unzulässig, andernfalls wäre die gesetzliche Normierung in § 110 BGB überflüssig.

Daraus ist ersichtlich, daß die Frage, "wie man es mit dem Generalkonsens hält", nichts dazu beiträgt, ob § 110 BGB eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag enthält.

Die neueste Literatur hat dies auch erkannt und konsequenterweise beide Probleme getrennt. Hinsichtlich der Problematik des G e n e r a l k o n s e n s e s herrscht in der Literatur und Rechtsprechung weitgehende Übereinstimmung ¹⁾: Es wird für zulässig erachtet, daß der gesetzliche Vertreter eine generelle Zustimmung für einen bestimmten Kreis von Geschäften erteilt. Der beschränkte Generalkonsens ist allgemein anerkannt.

Dagegen ist es nach wie vor umstritten, ob auch mit der Mittelüberlassung eine Zustimmung erteilt wird. Einzelne Stimmen aus

1) Diese Meinung wird heute in der Literatur und der Rechtsprechung überwiegend vertreten: Staudinger - Coing, § 107 Anmerkung 3; Larenz, AT, Seite 90; Palandt, § 107 Anmerkung 3; Erman, § 107 Anmerkung 7; Soergel - Hefermehl, § 107 Anmerkung 5; Enneccerus - Nipperdey, § 152 I 4, insbesondere Fußnote 3; RGRK, § 107 Anmerkung 3; BGH FamRZ 67, 389 ff (391); aa Schulz DB 63, 407.

der Literatur sollen im folgenden erörtert werden.

Enneccerus - Nipperdey¹⁾ sehen in der Überlassung "zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung" eine Einwilligung bezüglich des Erfüllungsaktes. Sie meinen jedoch: "Auch der schuldrechtliche Vertrag wird wirksam (§ 110), da anzunehmen ist, daß sich die stillschweigende Zustimmung auf ihn mitbezieht"²⁾. Gegen diese Auffassung kann folgendes vorgebracht werden: Die Verfasser heissen den unbegrenzten Generalkonsens für gut, wenn sie auch in der "Überlassung zur freien Verfügung" eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag sehen. Ferner steht diese Auslegung im Widerspruch zum Wortlaut des § 110: Wenn eine Einwilligung zum Erfüllungsakt vorliegt und wenn sich diese Einwilligung auch auf den obligatorischen Vertrag erstreckt, dann sind beide bereits nach §§ 107 und 108, also auch ohne Erfüllung wirksam.

Palandt - Heinrichs³⁾ betrachten den § 110 nur der Fassung, nicht aber dem Inhalt nach als Ausnahme von den §§ 107, 108. In Wahrheit liege in der "Überlassung der Mittel" eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Wenn die Verfasser weiter formulieren, daß die Wirksamkeit von Anfang an eintrete, aber, soweit die Zustimmung nicht für ein bestimmtes Geschäft oder einen bestimmten Kreis von Geschäften erteilt sei, erst mit der Erfüllung eintrete, so scheinen sie von einem weit ausgelegten Begriff der Zustimmung auszugehen (der über die Grenzen der zulässigen Zustimmung im Sinne der §§ 107, 108 hinausgeht): Alle belastenden Verträge der Minderjährigen seien zustimmungsbedürftig. Das muß nach Heinrichs als Obersatz gelten. Bei z u l ä s s i g e r Zustimmung (das heißt also bei Spezial- oder Generaleinwilligung für einen bestimmten Kreis von Geschäften, oder bei Genehmigung) sei der Vertrag von Anfang an wirksam gemäß §§ 107, 108, 182 ff. BGB. Die u n b e s c h r ä n k t e Zustimmung, die von § 107 BGB nicht gedeckt ist, werde - so ist Heinrichs wohl zu verstehen - vom

1) Enneccerus - Nipperdey, § 152 II, Seite 940.

2) Auch Duvernell, Seite 32 ff erblickt in der Überlassung der Mittel eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu den Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften des Minderjährigen.

3) Palandt, § 110 Anmerkung 1.

Gesetz als "Überlassung von Mitteln" deklariert.

Diese weite Auslegung des Zustimmungsbegriffs ruft jedoch Kritik hervor. Zwar fallen unter den Sprachgebrauch der Zustimmung sowohl die "zulässige" als auch die "unzulässige". Wenn aber der Gesetzgeber in §§ 107, 108 nicht von zulässiger Zustimmung spricht, sondern schlechthin von Zustimmung, so hat der juristische Terminus eine engere Bedeutung als der allgemein sprachliche. Das verdeutlicht § 110, indem er nicht von "Zustimmung", sondern von der Mittelüberlassung "zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung" spricht. Palandt - Heinrichs haben Recht, wenn sie meinen, daß § 110 keine Ausnahme von dem Prinzip enthält, daß die Eltern bei belastenden Verträgen Minderjähriger **m i t - z u w i r k e n** haben.

Kritikbedürftig an der Meinung Heinrichs ist ferner, daß er wohl nur diejenigen Fälle dem § 110 BGB unterwerfen will, die über den begrenzten Generalkonsens hinausgehen. Hierbei wird allerdings übersehen, daß § 110 auch eine Überlassung "zu diesem Zweck" kennt, daß § 110 also auch in Konkurrenz zum Spezialkonsens treten kann. Medicus¹⁾ dagegen nimmt zum Problem der Konstruktion eindeutig Stellung: Die Einwilligung könne als spezielle oder generelle erteilt werden. Oft erfolge eine solche Einwilligung durch die Überlassung der nötigen Geldmittel. Dann gelte § 110. Das Geschäft werde erst mit der Erfüllung wirksam, die Verpflichtung sei durch die Erfüllung bedingt²⁾. Medicus verdeutlicht das anhand eines Beispiels: Der Minderjährige erhält von seinen Eltern 100,-- DM zum Kauf eines Plattenspieler. Er kauft ein solches Gerät, stellt aber im Laden fest, daß er die 100,-- DM verloren hat. Nach Medicus ist der Kauf nicht etwa wegen der elterlichen Einwilligung wirksam, sondern er bleibt nach § 107 BGB schwebend unwirksam.

Ähnlich behandelt Flume³⁾ die "Überlassung zu einem bestimmten Zweck oder zur freien Verfügung" als besonderen Fall der Ein-

1) Medicus, § 8 II 2.

2) So auch Zitelmann, Seite 70; Hölder, AcP 73, 66; dagegen sprechen sich aus: Oertmann, § 110 Anmerkung 1 und Colonius, Seite 35.

3) Flume, § 13, Seite 199.

willigung. Es sei die Einwilligung, Bargeschäfte zu schließen. Nach dieser Meinung ist ein Geschäft eines Minderjährigen vor der Erfüllung schwebend unwirksam. Ebenso wie durch eine Genehmigung werde das Geschäft durch die Erfüllung wirksam. Neben der rechtlichen Einordnung des § 110 als Unterfall der Einwilligung behandelt Flume auch die Möglichkeit, daß § 110 BGB (insbesondere die "Überlassung zu diesem Zweck") mit dem Generalkonsens zusammentrifft. In einem solchen Fall seien die üblicherweise auch unbar geschlossenen Geschäfte kraft Einwilligung wirksam.

Staudinger - Coing ¹⁾ sehen in § 110 mehr eine Verdeutlichung als eine Ausnahme vom Prinzip der §§ 107 ff. Sie meinen, daß dann, wenn der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen mit Bezug auf ein **b e s t i m m t e s** Rechtsgeschäft zur Leistungsbewirkung Mittel überläßt, ohnehin wohl eine Zustimmung vorliegen müsse. Dasselbe gelte bei der "Überlassung zur freien Verfügung". Damit erkläre der gesetzliche Vertreter sein Einverständnis. Staudinger bezeichnet § 110 als Fall der **p r ä s u m t i v e n** **Z u - s t i m m u n g**.

Soviel zu den Vertretern der Meinung, die in der Mittelüberlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag erblicken.

Zu den Gegnern der Zustimmungstheorie ist wohl Larenz ²⁾ zu rechnen. Wenn der Vertrag unter eine generelle Einwilligung falle, sei dieser schon nach § 107 wirksam. § 110 komme nur dann zur Anwendung, wenn in der Überlassung von Taschengeld oder von sonstigen Mitteln zur freien Verfügung nicht schon die generelle Einwilligung in die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gerade dieser Art gefunden werden könne. Larenz stellt somit für einen Teilbereich des § 110 (nämlich für die "Überlassung zur freien Verfügung") klar, daß eine Überlassung im Sinne des § 110 möglich ist, **o h - n e** zugleich eine Zustimmung im Sinne des § 107 zu erteilen. Im Gegenteil, nach Larenz ist der Weg zu § 110 nur dann geöffnet, wenn eine Zustimmung fehlt. Dagegen bleibt bei Larenz offen, in welchem Verhältnis die "Überlassung zu diesem Zweck", also die

1) Staudinger - Coing, § 110 Anmerkung 1.

2) Larenz, AT, Seite 91.

erste Alternative des § 110, zur Zustimmung steht. Insbesondere bleibt die Frage unbeantwortet, ob eine "Überlassung zu diesem Zweck" erfolgen kann, ohne daß zugleich dem schuldrechtlichen Vertrag zugestimmt werde. Auch das von Larenz angeführte Beispiel löst dieses Problem nicht: Ein Minderjähriger, der monatlich 20,-- DM Taschengeld erhält, kauft einen teuren Fotoapparat für 400,-- DM, wobei er 40,-- DM anzahlt und monatliche Raten von 20,-- DM vereinbart. Mit diesem Fall kann lediglich nachgewiesen werden, daß die "Überlassung zur freien Verfügung" keine Zustimmung im Sinne des § 107 BGB enthält. Er besagt aber nicht, wie sich die "Überlassung zu einem bestimmten Zweck" im Sinne des § 110 von der Zustimmung im Sinne des § 107 unterscheidet.

Auch Rother¹⁾ sieht in § 110 BGB eine wichtige allgemeine Ausnahme von der Handlungsbeschränkung des Minderjährigen.

Ganske²⁾ unterscheidet zwischen den beiden Alternativen des § 110, nämlich der Überlassung "zu diesem Zweck" einerseits und der "zur freien Verfügung" andererseits. Im ersten Fall sieht er keine echte Ausnahme zum Prinzip des § 107. Sie stelle - so sagt Ganske - nur eine Erläuterung des § 107 dar, denn es liege eine spezielle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum Vertragsabschluß vor. Dagegen bedeute die zweite Alternative des § 110 keine bloße Erläuterung des § 107. Vielmehr erhalte der Minderjährige mit der "Mittelüberlassung zur freien Verfügung" eine gesetzliche Genehmigung, mit diesen Mitteln auf allen Gebieten rechtswirksame, vollgültige Verträge abzuschließen, die im Rahmen der Gesetze (§§ 134, 138 BGB) und der ihm vom Erziehungsberechtigten eingeräumten Verfügungsgewalt (§ 1644 BGB) liegen. Ganske begründet seine Meinung sowohl historisch als auch mit einem sich abzeichnenden Wandel der Rechtsprechung. Weiterhin führt Ganske folgendes an: Die Gegenmeinung, die in der zweiten Alternative eine Sonderregelung mit nur klarstellender Funktion zu § 107 sieht, hat den Nachteil, daß der Vertragspartner des Minderjährigen neben den allgemeinen Grenzen der §§ 134, 138, 1644 BGB auch den "nicht geäußerten Willen des ge-

1) Rother, BGB AT, § 107 Abschnitt 4.

2) Ganske, RdJ 64, 208.

gesetzlichen Vertreters berücksichtigen muß." Das bedeute, daß ein im Innern des gesetzlichen Vertreters schlummernder Wille nachträglich nach außen treten könne. Um diese Unsicherheit zu vermeiden, wurde - nach der Meinung Ganskes - die Rechtsfigur des begrenzten Generalkonsenses entwickelt. Dieser mache es möglich, einen Großteil der Rechtsgeschäfte des Minderjährigen u n a b - h ä n g i g vom Willen des gesetzlichen Vertreters wirksam werden zu lassen.

Die obigen Ausführungen Ganskes über die Erteilung eines Generalkonsenses und dessen Auslegung rufen in einigen Punkten Kritik hervor. Insbesondere seine Ausführungen über den Generalkonsens widersprechen der heute ganz herrschenden Meinung. Zum einen gibt es nach der herrschenden Meinung keinen Generalkonsens in der Form, daß der Minderjährige jeden beliebigen Vertrag schließen kann. Ein unbeschränkter Generalkonsens ist unzulässig, die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters muß zumindest auf einen bestimmten Lebensbereich (zum Beispiel auf eine Reise) begrenzt sein. Unzutreffend ist ferner die Meinung, beim Generalkonsens sei der Wille des gesetzlichen Vertreters irrelevant. Wie bereits dargestellt, richtet sich das Geschäft sehr wohl nach dem Willen des gesetzlichen Vertreters²⁾. Zwar ist zutreffend, daß es für den Vertragspartner des Minderjährigen oft schwer ist, den Umfang der Zustimmung zu erkennen und daß es oftmals auf eine Entscheidung des beurteilenden Richters hinausläuft. Aber das ist keine spezifische Frage der Zustimmung, sondern ein allgemeines Auslegungsproblem einer j e d e n Willenserklärung.

Zweifelsohne bringt aber die dargestellte Auslegung des § 110 BGB Vorteile mit sich. Ein Vorzug der Interpretation von Ganske liegt darin, daß sich der Vertragspartner an äußerlich erkennbare Umstände halten kann: Wurden dem Minderjährigen Mittel zur freien Verfügung überlassen und erfüllt der Minderjährige damit, so ist der Vertrag wirksam, gleichgültig wie der gesetzliche Vertreter über den Vertrag denkt. Die Interpretation begünstigt in eindeu-

1) Näheres dazu auf Seite 14.

2) Allgemeine Meinung, zum Beispiel Rother, § 133 BGB, Absatz 4 der Kommentierung; Erman, § 133 Rdn. 3 und 6; Palandt, § 133 Anmerkung 4 und 5; Staudinger, § 133 Rdn. 30 bis 36.

tiger Weise den Vertragspartner, sie fördert die Rechtssicherheit.

Auf der Grundlage von Ganske baut S a f f e r l i n g ¹⁾ auf, wenn er in der "Überlassung zur freien Verfügung" eine Ausnahmeregelung zu § 107 BGB erblickt. Bei dieser Norm komme es - so schreibt Safferling - weder auf den konkreten noch auf den präsumtiven Willen des gesetzlichen Vertreters an. Damit, daß der Minderjährige die überlassenen Mittel zur Erfüllung eines Vertrags verwende, werde dieser als gesetzliche Folge angesehen. § 110 BGB erweitere die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen - ähnlich wie die §§ 112 und 113 BGB -, zumindest stelle § 110 jedoch eine entsprechende Ermächtigung des Minderjährigen dar.

Die Auslegung, daß § 110 BGB die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen erweitere, ist nicht neu. Sie wurde sowohl von der älteren als auch von der neueren Literatur³⁾ geprüft. Gegen eine derartige Auslegung sprechen jedoch folgende Gründe: § 110 ordnet auf der Rechtsfolgeseite an, daß der Vertrag "als wirksam gilt". Von der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen ist nicht die Rede. Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß der Minderjährige im Falle des § 110 BGB die Geschäftsfähigkeit erhält, hätte er dies ebenso deutlich aussprechen können, wie das in den §§ 112, 113 BGB geschehen ist. Die w ö r t l i c h e Auslegung spricht somit gegen die Erweiterung der Geschäftsfähigkeit.

Als zweites Argument gegen obige Auslegung läßt sich folgendes ausführen: Nach den Motiven⁴⁾ muß die "Erweiterung der Geschäftsfähigkeit Hand in Hand sehen mit der Eineräumung der Prozeßfähigkeit

1) Safferling, RpfL 1972, 124 ff.

2) Ähnlich äußert sich v. Fuhr, Band 1, 2. Halbbd., Seite 452: "Dagegen ist die Überlassung von Gegenständen zur freien Verfügung keine Genehmigung der vom Minderjährigen geschlossenen Verträge; die Konvalenzenz erfolgt erst mit der Verwendung dieser Gegenstände zur Erfüllung und ist eine gesetzliche Folge der Erfüllungshandlung."

3) Grzebinasch, Seite 50; Dernburg (Bürgerliches Recht, I § 122) reiht den § 110 BGB in die Fälle der "Erweiterung der Geschäftsfähigkeit beschränkt Geschäftsfähiger" ein; Vogel, Leipziger Zeitschrift 1920, Sp. 375 ff (377).

4) Mugdan, Motive zum BGB, Seite 430, 431.

keit, wenn nicht die mit der ersteren verbundenen Vorteile in der Hauptsache wieder verloren gehen sollen". Denn von einer unbeschränkten Geschäftsfähigkeit im weiteren Sinne kann man nur sprechen, wenn neben der Möglichkeit, entsprechende Verträge zu schließen, auch die Befugnis besteht, die entstehenden Rechte durchzusetzen, auch im Prozeßweg. Nur dann ist der Minderjährige dem Volljährigen gleichgestellt, sei es auch nur auf einem Teilgebiet. Sieht man also in § 110 BGB eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit, muß man konsequenterweise dem Minderjährigen auch die Prozeßfähigkeit einräumen. Dann wäre es aber möglich, daß ein Achtjähriger, der ein Buch mit Mitteln gekauft hat, die ihm zu diesem Zweck überlassen wurden, seine Ansprüche auch selbständig vor Gericht durchsetzt. Vertretbar ist nur, daß man die Wirksamkeit des Kaufvertrages bejaht, weil ein Minderjähriger in der Lage ist, ein einfach gelagertes Geschäft zu beurteilen. Unvertretbar ist jedoch, ihm auch die Prozeßfähigkeit einzuräumen. Hierfür besitzt er nicht die nötige Einsichtsfähigkeit. § 110 ist insofern nicht mit den §§ 112 und 113 BGB vergleichbar. Denn dort verlangt der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes bzw. die Eingehung eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses bereits einen höheren Grad an Einsichtsfähigkeit.

Ferner spricht auch folgender Vergleich mit den §§ 112 und 113 BGB gegen die Auslegung, § 110 erweitere die Geschäftsfähigkeit. Die §§ 112 und 113 BGB räumen die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nur auf einem Teilbereich ein. Im Falle des § 112 BGB ist der Minderjährige nur hinsichtlich des Betriebs eines Erwerbsgeschäftes geschäftsfähig, bei § 113 beschränkt sich die Geschäftsfähigkeit darauf, ein Arbeits- oder Dienstverhältnis einzugehen. Im Gegensatz dazu könnte § 110 BGB die Geschäftsfähigkeit unbeschränkt erweitern. Überläßt nämlich der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen "Mittel zur freien Verfügung", so wäre der Minderjährige damit geschäftsfähig - und zwar auf allen Gebieten, solange und soweit die Mittel reichen. Dieses Ergebnis widerspricht aber klar der gesetzlichen Regelung, wonach ein Minderjähriger grundsätzlich nicht voll geschäftsfähig sein soll.

Schließlich ist auch auf folgende unerwünschte Konsequenz hinzu-

weisen, wenn man den § 110 BGB als Erweiterung der Geschäftsfähigkeit ansieht: Bei der erweiterten Geschäftsfähigkeit wird nach allgemeiner Meinung¹⁾ die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters ausgeschaltet. Sähe man darin, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel "zur freien Verfügung" überläßt, eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit, so wäre der Minderjährige in a l l e n Bereichen geschäftsfähig. Die Vertretungsbefugnis der Eltern würde folglich auf allen Gebieten ruhen. Das widerspricht offensichtlich der gesetzgeberischen Intention der §§ 107 ff, 1626, 1629 BGB, wonach die gesetzliche Vertretung als Teil des elterlichen Sorgerechts (§ 1616 Abs. 2, 2. Halbsatz BGB) bis zum Eintritt der Volljährigkeit bestehen soll.

Die Rechtsprechung entscheidet sich daher gegen eine derartige Auslegung des § 110, ohne dies deutlich auszusprechen. Aus der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 29.9.1910²⁾ ist jedoch so viel erkennbar, daß § 110 die Geschäftsfähigkeit nicht erweitern will. Auch die neuere Rechtsprechung³⁾ folgt dieser Ansicht. Ebenso wird in der Literatur⁴⁾ weitgehend die Meinung vertreten, daß § 110 BGB die Geschäftsfähigkeit nicht erweitert.

Z u s a m m e n f a s s e n d läßt sich folgender Wandel in der Literatur feststellen:

Die ältere Literatur folgte der in den Motiven vertretenen Meinung. Sie nahm an, daß die Mittelüberlassung keine konkludente Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag enthalte, daß § 110 also eine echte Ausnahmenvorschrift zu den §§ 107 und 108 BGB darstelle. Demgegenüber geht die neuere Literatur überwiegend davon aus, daß die Mittelüberlassung zugleich eine Zustimmung bedeutet und daß

1) So zum Beispiel Soergel - Hefermehl, § 112 Rdn. 1; Palandt, § 112 Anmerkung 1; Erman, § 112 Rdn. 1; Larenz, AT, Seite 95; RGRK, § 112 Anmerkung 1.

2) RG 74, 234 ff; vergleiche auch Seite 23.

3) So zum Beispiel OLG Stuttgart, FamKZ 69, 39; OLG Celle, NJW 70, 1850; eine nähere Erörterung der relevanten Urteile erfolgt auf Seite 113.

4) Zum Beispiel zählen Palandt, § 112 Anmerkung 1, Larenz, AT, Seite 85 ff und Tuhr, Band II, 1. Halbbd., Seite 353 nur die §§ 112, 113 zu den Fällen der erweiterten Geschäftsfähigkeit. Ebenso RGRK, § 112 Anmerkung 1 und Staudinger, § 112 Rdn. 2.

§ 110 BGB lediglich als Anwendungsfall der §§ 107 und 108 BGB zu betrachten ist.

c. Die Rechtsprechung

Nur wenige der veröffentlichten Entscheidungen befassen sich mit § 110 BGB. Das ist einmal darauf zurückzuführen, daß es wegen der geringen Geldbeträge oft gar nicht zum Prozeß kommt. Zum anderen sind wegen des geringen Streitwertes selten höhere Gerichte damit befaßt.

(1) Grundlegend ist die Entscheidung des Reichsgerichts im sogenannten L o t t e r i e l o s f a l l ¹⁾ vom Jahre 1910. Es lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein 17-jähriger Schüler bezog von seiner Großmutter Taschengeld in Höhe von drei Mark wöchentlich. Diesen Betrag überließ ihm sein Vater zur freien Verfügung. Der Minderjährige kaufte damit ein Lotterielos und erhielt seinen Gewinn in Höhe von 4000,-- DM. Mit diesem Betrag kaufte er ohne Zustimmung des Vaters ein Auto für 3200,-- DM und zahlte bar.

Dieses Urteil gibt Aufschluß über mehrere Probleme des § 110, zum Beispiel über die Frage des Surrogats, der Drittüberlassung von Mitteln und über die Frage, ob mit der Mittelüberlassung zugleich eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag erteilt wird. Zum letztgenannten Problem führte das RG ²⁾ aus:

"§ 110 enthält keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 107, ... er gestattet nur, ... daß diese Einwilligung durch Überlassung gewisser Mittel an den Minderjährigen vom Vertreter im allgemeinen erklärt wird, und läßt das vom Minderjährigen geschlossene Geschäft auch ohne besondere Zustimmung sowohl nach der dinglich wie nach der schuldrechtlichen Seite ... wirksam werden, wenn es ... erfüllt wird. Das

1) RG 74, 234 ff.

2) RG 74, 234 ff; dem schließt sich BayObLG 34, 5 mit gleichlautender Begründung an.

Wesentliche bleibt also auch in den Fällen des § 110 die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters."

Damit stellt das RG klar, daß die Überlassung von Mitteln im Sinne des § 110 eine Zustimmung zu den erforderlichen Verträgen des Minderjährigen enthält. Da es sich bei der Zustimmung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist es nur folgerichtig, wenn das RG den Umfang der Erklärung in folgender Weise abgrenzt:

"Dafür, wie weit diese Erklärung reicht, ist erstens maßgebend das Gesetz ... zum anderen auch der Inhalt der Einwilligungserklärung selbst, die, wie jede Willenserklärung ..., eine mehr oder weniger weitgehende Beschränkung in sich tragen kann."

Doch bleiben in dieser Entscheidung des Reichsgerichts viele Fragen unbeantwortet. Das Gericht nimmt nicht dazu Stellung, ob der Vertrag, zu dem die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegt, auch ohne Erfüllung (gemäß §§ 107, 182 BGB) gültig oder erst mit der Erfüllung wirksam ist. Ebensovienig beantwortet das Reichsgericht die Frage nach der Grenze einer allgemeinen Zustimmung. Es konstruiert zwar einen breiten Fächer von Konsensmöglichkeiten:

"... keinesfalls läßt sich sagen, daß der gesetzliche Vertreter nur die Wahl habe, entweder es bei der gesetzlichen Regelung des § 107 zu belassen oder mit Einräumung der freien Verfügungsgewalt nun auch alles und jedes gut zu heißen, was der Minderjährige mit den ihm überlassenen Mitteln anzufangen für gut findet."

Auf die Bedenken gegen einen unbeschränkten Generalkonsens geht das Reichsgericht aber nicht ein.

Kritikbedürftig ist die reichsgerichtliche Meinung auch insofern, als die Belange des Rechtsverkehrs im allgemeinen und die Interessen des Vertragspartners im besonderen nicht hinreichend berücksichtigt werden. Die "Überlassung von Mitteln zu diesem Zweck" oder "zur freien Verfügung" enthält - so das Reichsgericht - eine

Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Die erste Schwierigkeit für den Vertragspartner des Minderjährigen besteht darin, zu erkennen, wieweit diese Zustimmung des gesetzlichen Vertreters reicht, insbesondere ob die Zustimmung das konkrete Geschäft umfaßt. Diese Schwierigkeit allein führt noch zu keiner besonderen Belastung des Rechtsverkehrs, denn jede Willenserklärung bedarf der Auslegung. Bei § 110 liegt aber die besondere Schwierigkeit für den Vertragspartner in folgendem: Falls der gesetzliche Vertreter Mittel zur freien Verfügung überläßt, macht er sich kaum Gedanken, wie der Minderjährige die Mittel verwenden wird. Er bildet sich keinen richtungsweisenden Willen. Trotzdem soll der Vertragspartner erkennen, welche Geschäfte der gesetzliche Vertreter billigt und welche er ablehnt. Der Vertragspartner wird jedoch überfordert, wenn er eine Willensrichtung des gesetzlichen Vertreters erforschen soll, die dieser gar nicht hatte. Auf dieses Problem weist das Reichsgericht zwar hin, ohne dafür allerdings eine Lösung anzubieten.

(2) Mit der Frage, ob ein Minderjähriger mit seinem Taschengeld ein Kraftfahrzeug anmieten kann, hatte sich das Oberlandesgericht Hamm¹⁾ zu befassen. In diesem Urteil bleibt ausdrücklich offen, ob der Auffassung von Reichsgericht Bd. 74, 236 (gemeint ist die Auffassung, daß dem Minderjährigen mit der "Überlassung zur freien Verfügung" nicht immer gleichzeitig gestattet ist, alles zu machen was er für gut hält, (Anmerkung des Verfassers)) beizupflichten sei, oder ob, dem Wortlaut des § 110 entsprechend, es richtig sei, daß der gesetzliche Vertreter, wenn er dem Minderjährigen nicht jedes Verfügungsrecht über die ihm überlassenen Mittel einräumen will, diese Mittel dann eben nur für einen bestimmten Zweck oder doch wenigstens unter Ausschluß bestimmter Verwendungszwecke, also nicht zur freien Verfügung überlassen darf. Trotz dieser dogmatischen Zweifel schließt sich das Oberlandesgericht in den weiteren Entscheidungsgründen dem reichsgerichtlichen Urteil an, indem es in der Mittelüberlassung nach § 110 eine Zustimmung erblickt. Dennoch kommt das Oberlandesgericht zu einem anderen Ergebnis. Es führt aus:

1) VersR 54, 218.

"Die Sicherheit des Rechtsverkehrs ... verlangt aber hier, den Minderjährigen als befugt anzusehen, mit seinem Taschengeld ein Motorrad für eine eintägige Vergnügungsfahrt anzumieten, weil kein Anhaltspunkt dafür erkennbar geworden ist, daß der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die Verwendung des Taschengeldes zu diesem Zweck ausgeschlossen hatte."

Damit stellt das Oberlandesgericht strengere Anforderungen an die Erkennbarkeit einer Willenserklärung (hier der Zustimmung) als das Reichsgericht. Das Gericht scheint bei der Überlassung von Taschengeld eine *V e r m u t u n g* für eine Zustimmung anzunehmen, die allerdings *w i d e r l e g l i c h* ist, wenn Anhaltspunkte erkennbar sind, daß ein bestimmter Verwendungszweck ausgeschlossen ist.

(3) Ein ähnlicher Fall - ähnlich sowohl im Tatbestand als auch in der Rechtsproblematik - war vom Landgericht Münster¹⁾ zu entscheiden. Ein Minderjähriger, der zwar den Führerschein mit Einwilligung der Eltern gemacht hatte und dem der Führerschein von den Eltern belassen wurde, hatte ohne ausdrücklicher Zustimmung der Eltern ein Kraftfahrzeug mit Taschengeld angemietet. Zum Problem des § 110 BGB stellte das Gericht fest, daß der Gesetzgeber in § 110 eine generelle Einwilligung normiert und diese an einem bestimmten Tatbestand geknüpft habe. Ferner führt es aus:

"Bei Vorliegen dieses Tatbestandes setzt der Gesetzgeber ein entsprechendes Erklärungsbewußtsein des Gewalthabers voraus. Wolle man soweit gehen, in dem Belassen des rechtmäßig erworbenen Führerscheins eine generelle Zustimmung zum Abschluß von Kraftfahrzeug-Mietverträgen zu sehen, so würde das im § 110 als *S o n d e r f a l l* *u n t e r s t e l l -*
t e Erklärungsbewußtsein ausgedehnt."

Mit diesen beiden Sätzen stellt das Landgericht Münster klar, daß

1) NJW 64, 51.

zumindest die "Überlassung zur freien Verfügung" (§ 110 2. Alternative) ein Sonderfall mit der Wirkung einer Einwilligung sei. Ein Sonderfall liegt insofern vor, als das Erklärungsbewußtsein, welches für eine Willenserklärung - hier die Zustimmung - nötig ist, bei der "Überlassung zur freien Verfügung" **f e h l t** . Damit weicht das Landgericht von der oben genannten reichsgerichtlichen Rechtsprechung ab. Konsequenz dieser Rechtsprechung des Landgerichts Münster ist, daß der Vertragspartner des Minderjährigen privilegiert wird. Denn er ist davon befreit, den Willen des gesetzlichen Vertreters im einzelnen zu ermitteln¹⁾ .

(4) Auch das Oberlandesgericht Celle ²⁾ hatte über einen Fall der Kraftfahrzeuganmietung durch einen Minderjährigen zu entscheiden. Einerseits führte es aus, daß in der Überlassung des Arbeitsverdienstes an den Minderjährigen eine Einwilligung zum Vertrags-schluß liege. Dann allerdings fügt das Gericht hinzu:

"Daran, daß sie (die Mutter) durch Überlassung eines Teils seines Arbeitseinkommens an den Beklagten (hier den Minderjährigen) in den Abschluß des streitigen Mietvertrages einwillige, hat die Mutter des Beklagten offensichtlich gar nicht gedacht."

Dieser Satz widerspricht den vorherigen Ausführungen. Wie jede Willenserklärung setzt auch die Zustimmung voraus, daß sich der Erklärende einen entsprechenden Willen gebildet hat³⁾ . Ob in diesem Fall, in dem die Mutter an eine Einwilligung gar nicht gedacht hat, überhaupt von einer wirksamen Willenserklärung gesprochen werden kann, ist zu bezweifeln⁴⁾ . Eine vollwertige und vollständige Zustimmung liegt jedenfalls bei § 110 nicht vor.

1) Dennoch war der Vertrag in der oben genannten Entscheidung unwirksam, da der Minderjährige nur eine geringe Teilleistung erbracht hatte. Er hatte seine Leistung nicht "bewirkt". Zu diesem Problem vergleiche unten Seite 81 ff.

2) NJW 70, 1850.

3) Medicus, § 6 II; Rother, § 133 BGB, Abs. 4 der Kommentierung; Staudinger, § 133 BGB Rdn. 30 bis 36; Erman, § 133 BGB Rdn. 3 und 6.

4) Eine genauere Erörterung der Frage, welche Elemente einer Willensbildung auf seiten des gesetzlichen Vertreters vorhanden sind, erfolgt auf Seite 39 ff. und Seite 52 ff.

Z u s a m m e n f a s s e n d läßt sich folgendes festhalten: Die Tendenz der Rechtsprechung, in der Überlassung "zur freien Verfügung" k e i n e Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum schuldrechtlichen Vertrag zu sehen, ist zwar eindeutig festzustellen. Es darf aber nicht verschwiegen werden, daß manche Urteile nach wie vor die Zustimmungstheorie des Reichsgerichts¹⁾ übernehmen²⁾ oder das Problem der Konstruktion dieser Norm gar nicht behandeln³⁾.

- I. Wird der schwebend unwirksame Vertrag deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm durch die "Mittelüberlassung zu diesem Zweck" (§ 110 1. Alternative BGB) zugestimmt hat, oder deshalb, weil die Leistungsbewirkung den Vertrag heilt?

Erst die neuere Literatur⁴⁾ beachtet wieder den sachden. Gesetzestext, der zwischen der "Überlassung zu diesem Zweck" (§ 110, 1. Alternative) und der "Überlassung zur freien Verfügung" (§ 110, 2. Alternative) differenziert. Diese Unterscheidung ist rechtlich erforderlich, denn es ist durchaus möglich, daß die "Überlassung zu diesem Zweck" eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum schuldrechtlichen Vertrag enthält, die "Überlassung zur freien Verfügung" dagegen als Ausnahmetatbestand anzusehen ist.

Auch umgekehrt kann die "Überlassung zu diesem Zweck" als ein Fall sui generis und die "Überlassung zur freien Verfügung" als Generalkonsens betrachtet werden.

Mit der Unterscheidung der beiden genannten Alternativen ist es jedoch nicht genug. Das Gesetz kennt eine dritte Fallgestaltung, nämlich die "Überlassung durch einen Dritten mit Zustimmung des

1) RG aaO.

2) OLG Celle (oben) aaO.

3) So zum Beispiel LG Aschaffenburg, RpfL. 72, 134; OLG Köln NJW 64, 2030.

4) Vergleiche oben Seite 17 ff.

gesetzlichen Vertreters". Zu vergleichen ist auch das Verhältnis dieser "Zustimmung" im Sinne des § 110, 3. Alternative mit der "Zustimmung" im Sinne der §§ 107, 108 BGB. Ferner ist das Verhältnis der drei Alternativen des § 110 zueinander darzulegen.

1. Liegt in der Überlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag?

Für die Konstruktion des § 110 BGB und sein Verhältnis zu § 107 BGB ist zu prüfen, ob die "Überlassung von Mitteln zu diesem Zweck" eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum schuldrechtlichen Vertrag des Minderjährigen enthält.

Die wörtliche Auslegung spricht gegen diese Interpretation, einmal deshalb, weil § 110 BGB ausdrücklich sagt, daß der Vertrag "ohne Zustimmung" geschlossen sein muß. Außerdem "ist" der Vertrag nicht wirksam, wie in § 107 BGB, sondern er "gilt" nur als wirksam. Problematisch ist aber, ob nicht darin eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters liegt, daß dieser die Mittel "zu diesem Zweck" übergibt. Diese Ansicht wird mit dem allgemeinen Sprachgebrauch begründet. Wer den Betrag von 100,-- DM einen Minderjährigen zu dem Zweck überläßt, daß der Minderjährige einen Plattenspieler kauft, der will - so argumentiert diese Meinung - dem Kaufvertrag zustimmen.

Dieses Argument trifft jedoch nicht zu, denn es hält sich nicht genau an die Formulierung in § 110 BGB. Der Ausdruck "zu diesem Zweck" knüpft an den vorherigen Satzabschnitt an, daß der Minderjährige die Leistung bewirkt. Damit ist also gemeint, daß die Mittel zu dem Zweck überlassen werden, hiermit einen **b e - s t i m m t e n** Vertrag zu **e r f ü l l e n** ¹⁾.

Negativ ausgedrückt bedeutet dies folgendes:

- a) Der Ausdruck "Mittelüberlassung zu diesem Zweck" besagt nicht, daß die Mittel zum Zwecke überlassen werden, um einen **b e - s t i m m t e n** Vertrag zu **s c h l i e ß e n**.

1) Duvernell, Seite 30, spricht dies in eindeutiger Weise aus.

- b) Ebensowenig bedeutet der Ausdruck "Mittelüberlassung zu diesem Zweck", daß Mittel überlassen werden, um *i r g e n d - e i n e n* Vertrag zu erfüllen. Nötig ist, daß ein vom gesetzlichen Vertreter näher bestimmter Vertrag erfüllt wird. Falls der Minderjährige die Mittel bestimmungswidrig verwendet, zum Beispiel andere Sachen kauft als diejenigen, für welche ihm das Geld gegeben wurde, ist der Vertrag unwirksam.

Die sprachliche Auslegung berechtigt also nicht dazu, in der "Überlassung zu diesem Zweck" eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum schuldrechtlichen Vertrag zu sehen.

Die teleologische Auslegung bestätigt das gewonnene Ergebnis. Dies soll anhand des obigen Falles von Medicus¹⁾ dargelegt werden: Der gesetzliche Vertreter überläßt dem Minderjährigen 100,-- DM zum Kauf eines Plattenspielers. Trotz Verlustes des Geldes schließt der Minderjährige den Kaufvertrag. Würde man nun in der Überlassung "zu diesem Zweck" eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag erblicken, so würde dies den Interessen der Beteiligten zuwiderlaufen. Dann wäre nämlich der Kaufvertrag infolge der Zustimmung wirksam; der Minderjährige würde verpflichtet, ohne die zur Erfüllung nötigen Mittel zu besitzen. Gerade das soll aber durch das Schutzprinzip im allgemeinen und durch § 110 BGB im besonderen vermieden werden. Unbillig wäre ferner, daß der gesetzliche Vertreter oft für die Verbindlichkeiten des Minderjährigen faktisch eintreten muß, falls der Minderjährige nicht das erforderliche Geld besitzt. Dies wollte der gesetzliche Vertreter sicher nicht. Gerade bei Luxusgeschäften will er den Vertragsabschluß nicht um jeden Preis. Vielmehr will er nur, daß die Gegenleistung mit *d i e s e n* Mitteln und keinen anderen erworben wird. Der Wille des gesetzlichen Vertreters ist oft dahingehend auszulegen, daß auf den Erwerb des Gegenstandes, hier des Plattenspielers, lieber ganz verzichtet werden soll, als daß er oder der Minderjährige den Kaufpreis noch einmal aufbringen müssen.

1) Medicus, § 8 II 2; dieses Beispiel wurde deshalb gewählt, weil die anderen Fälle oft nur die "Mittelüberlassung zur freien Verfügung" betreffen, so zum Beispiel in dem von Weimar (JR 69, 220) gebildeten Fall oder der bereits zitierte "Photoapparatfall" von Larenz, AT, Seite 91.

Gegen die Auslegung, die "Mittelüberlassung zu einem bestimmten Zweck" enthalte eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag, spricht ferner, daß § 110, 1. Alternative dann materiell überflüssig wäre. Der Vertrag wäre bereits aufgrund der §§ 107 oder 108 BGB wirksam. Die obige Interpretation läßt auch das zusätzliche Erfordernis der Leistungsbewirkung durch den Minderjährigen außer Betracht.

Die richtige Lösung muß also von folgendem Ansatz ausgehen: Nach § 110 soll der schuldrechtliche Vertrag nur wirksam sein, falls ihn der Minderjährige erfüllt hat. Demnach soll der schuldrechtliche Vertrag davon abhängen, daß eine wirksame Erfüllungshandlung auf seiten des Minderjährigen vorliegt. Läßt sich das aber mit dem Abstraktionsprinzip vereinbaren? Denn das Abstraktionsprinzip besagt ¹⁾ doch, daß das abstrakte Geschäft in seiner Geltung losgelöst ist von dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und daß die Ungültigkeit des einen Geschäfts nicht die des anderen zu Folge hat. In gewissem Gegensatz dazu steht § 110 BGB: Er weicht insofern vom Abstraktionsprinzip ab, als das schuldrechtliche und das dingliche Geschäft nicht völlig losgelöst voneinander sind. Vielmehr soll die Gültigkeit des dinglichen Geschäfts zur Folge haben, daß auch das schuldrechtliche Geschäft gültig ist. Im völligen Widerspruch zum Abstraktionsprinzip steht § 110 allerdings nicht: Das Abstraktionsprinzip will erreichen, daß ein gültiges Geschäft nicht durch ein ungültiges Geschäft unwirksam wird. § 110 dagegen intendiert, daß das gültige Geschäft dem ungültigen Geschäft zur Wirksamkeit verhilft. Das Abstraktionsprinzip und § 110 BGB haben also eine unterschiedliche Zielrichtung. Der Gesetzgeber hat somit in § 110 BGB als Ziel vorgegeben: Der schuldrechtliche Vertrag soll dann wirksam sein, wenn eine wirksame Erfüllungshandlung

1) Das Abstraktionsprinzip, das auf der Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert basiert (vergleiche Felgenträger, Fr. C.v. Savignys Einfluß auf die Über-eignungslehre, 1927), steht seit langen Jahren in der Diskussion, sowohl von seiten der Literatur (Hueck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937; Lange, Rechtsgrundunabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnis-recht, AcP 146, 28; Rother, Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169, Seite 1 ff) wie von seiten der Rechtsprechung. (Eine Übersicht über die umfangreiche Rechtsprechung gibt Soergel-Baur bei § 873 Bem. 7 ff für das Grundstücksrecht und bei § 929 Bem. 11 für das Fahrnisrecht).

seitens des Minderjährigen vorliegt. Welche Konstruktionen und Gestaltungsmittel kennt nun das BGB, bei denen das rechtliche Schicksal des dinglichen Vertrages mit dem des schuldrechtlichen Vertrages derart verknüpft ist, daß **b e i d e** Geschäfte gültig oder **b e i d e** ungültig sind?

2. Liegt in der Überlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag unter der Bedingung der Erfüllung?

Nach geltendem Recht ist es möglich, die Gültigkeit des schuldrechtlichen Vertrages mit der des dinglichen Vertrages zu verbinden. Ein schuldrechtlicher Vertrag kann unter der Bedingung geschlossen werden, daß dieses Geschäft nur gültig sein soll, wenn auch der dingliche Vertrag gültig ist.

Überträgt man diese Gedanken auf § 110 BGB, so kommt man zu folgender Konstruktion ¹⁾: Der Minderjährige schließt einen schuldrechtlichen Vertrag, der wegen fehlender Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksam ist, §§ 107, 108 BGB. Falls der gesetzliche Vertreter Mittel zu diesem Zweck überläßt, erteilt er zugleich eine bedingte Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag. Die Zustimmung erfolgt unter der Bedingung, daß der schuldrechtliche Vertrag wirksam wird, falls der Minderjährige den Vertrag mit den hierzu bestimmten Mitteln erfüllt.

Ist aber eine bedingte Zustimmung überhaupt **r e c h t l i c h** **z u l ä s s i g** ? Die Zustimmung wäre dann bedingungsfeindlich, wenn man in ihr ein einseitiges Rechtsgeschäft erblickte. Ein solches liegt jedoch nicht vor. Zwar stellt die Zustimmung eine Willenserklärung dar, doch ist sie nicht als einseitiges Rechtsgeschäft zu werten, da sie für sich alleine keine Rechtswirkung erzeugt ²⁾. Vielmehr wirkt sie nur auf ein anderes Rechtsgeschäft ein.

Weitere Zweifel daran, ob die nachträgliche Zustimmung, also die

1) Diese Lösung schlägt Zitelmann (Seite 70) vor.

2) Staudinger, Einl. zu § 104 Rdn. 22 und § 182 Rdn. 1; von Tuhr, AT, III, Seite 211 ff; Palandt, Einf. vor § 182 Anmerkung 2.

Genehmigung, unter einer Bedingung erteilt werden darf, ergeben sich aus dem Inhalt und dem Zweck einer Genehmigung. Diese hat die Aufgabe, einen schwebend unwirksamen Vertrag e n d g ü l - t i g wirksam oder unwirksam zu machen. Das heißt, daß die Genehmigung oder ihre Versagung einen Schwebezustand eindeutig und endgültig beenden soll. Sie dient somit der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden. Nun könnte man argumentieren, daß diese Funktion der Genehmigung verloren geht, falls man eine bedingte Genehmigung für zulässig hält. Es würde nämlich der zu beendende Schwebezustand aufrechterhalten und fortgesetzt bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Ereignis (§ 158 BGB) eintritt. Es bliebe oftmals unklar, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. Jedoch ist dieses Argument nicht stichhaltig. Zweifellos bringt es eine gewisse Unsicherheit mit sich, wenn eine Zustimmung unter einer Bedingung erteilt wird. Doch ist diese Unsicherheit und Belastung für den Rechtsverkehr nicht größer als bei jeder anderen bedingten Willenserklärung. Insofern unterscheidet sich eine bedingte Genehmigung nicht von anderen Willenserklärungen, die unter einer Bedingung stehen. Deshalb ist die bedingte Genehmigung nicht unzulässig.

Ferner bestehen gegen die bedingte Zustimmung rechtliche Bedenken, wenn man in ihr eine sogenannte W o l l e n s b e d i n - g u n g ¹⁾ sieht. Darunter versteht man eine Bedingung, deren Eintritt lediglich vom Willen einer Partei abhängt. Eine solche Art von Bedingung liegt hier aber nicht vor, da es v e r - s c h i e d e n e Personen sind, die einerseits die Zustimmung abgeben, andererseits den Eintritt der Bedingung in Händen haben. Zustimmender ist der gesetzliche Vertreter, während die Erfüllung des Vertrages durch den Minderjährigen erfolgt.

Weitere Bedenken dagegen, daß der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung nicht unter einer Bedingung erteilen darf, bestehen nicht. Im Gegenteil, das Gesetz räumt dem gesetzlichen Vertreter die Ermessensfreiheit ein, ob und unter welchen Voraussetzungen er einem Vertrag des Minderjährigen zustimmt. Folglich muß auch

1) Zum Begriff vergleiche Larenz, AT, § 25 I; Erman, vor § 158 Rdn. 12; Soergel-Knopp, vor § 158 Rdn. 16; Palandt, Einf. vor § 158 Anmerkung 2; RGRK, vor § 158 Anmerkung 5.

die Zustimmung unter einer Bedingung z u l ä s s i g sein¹⁾.

Es ist also statthaft, den § 110 BGB als Regelung aufzufassen, nach der der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag unter der Bedingung erteilt, daß der Minderjährige den Vertrag mit den überlassenen Mitteln erfüllt. Ist aber diese Interpretation auch vom Gesetzgeber intendiert?

Gegen eine solche Auslegung lassen sich im wesentlichen die gleichen Argumente anführen, wie sie im vorigen Abschnitt²⁾ genannt wurden. Denn auch hier wird angenommen, § 110 BGB enthalte eine Zustimmung im Sinne der §§ 107, 108 BGB. Wie bereits dargestellt³⁾, ist diese Auslegung weder vom Wortlaut des § 110 BGB noch von seinem Sinn und Zweck gedeckt.

Die Meinung, § 110 BGB enthalte eine bedingte Zustimmung, könnte noch auf folgende Begründung gestützt werden: Eine derartige Konstruktion, wie sie § 110 wiedergibt, müßte zwar nicht zwingend im Gesetz geregelt werden, weil die Grundelemente dafür bereits in den allgemeinen Vorschriften des BGB geregelt sind, nämlich zum einen die Zustimmung in den §§ 182 ff BGB und zum anderen die Bedingung in den §§ 158 ff BGB. Daß eine z u s ä t z l i c h e Regelung erforderlich ist, so könnte weiter argumentiert werden, ergibt sich daraus, daß sich die §§ 182 ff und §§ 158 ff BGB insofern widersprechen, als die nachträgliche Zustimmung ex tunc wirkt (§ 184 Abs. 1 BGB), während eine Bedingung ex nunc wirkt (§ 158 Abs. 1 BGB)⁴⁾. Zur Beseitigung dieser Unstimmigkeit im Gesetz - so könnte man diese Meinung weiter begründen - sei eine Klarstellung erforderlich. Diese Klarstellung bringe nun § 110 BGB.

Auch dieses Argument ist abzulehnen. Zum einen hätte der historische Gesetzgeber diese Begründung sicherlich auch in den Motiven angeführt. Dort fehlt aber jeder Hinweis⁵⁾. Zum anderen ist nicht einzusehen, daß der Gesetzgeber e i n e n Spezialfall der bedingten Zustimmung besonders geregelt haben soll, aber andere, ebenso häufig vorkommende Fälle der bedingten Zustimmung (zum Beispiel im Vertretungsrecht) nicht besonders geregelt hat.

1) So ausdrücklich Enneccerus - Nipperdey, AT, Bd. II, § 195 Fußnote 7.

2) Vergleiche Seite 29 ff.

3) Vergleiche Seite 29 ff.

4) Dies ergibt sich als Umkehrschluß aus § 159 BGB, der lediglich eine Rückbeziehung enthält.

5) Vergleiche dazu die Ausführungen auf Seite 10 ff.

3. Heilt die Leistungsbewirkung den schuldrechtlichen Vertrag?

a. Vergleich mit anderen Heilungsvorschriften

Im BGB finden sich mehrere Vorschriften, in denen ein zunächst unwirksamer Vertrag gültig wird, wenn eine bestimmte Partei den Vertrag erfüllt. Nach § 313 Satz 2 BGB wird ein Vertrag, der ohne die Form des § 313 Satz 1 BGB geschlossen wurde, seinem ganzen Inhalte nach gültig, falls die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch erfolgen. In § 518 Abs. 2 BGB wird der Formmangel eines Schenkungsversprechens geheilt, falls die versprochene Leistung bewirkt wird. Ebenso wird der Formmangel nach § 766 Satz 2 BGB geheilt, falls der Bürge den Bürgschaftsvertrag erfüllt, der ohne Beachtung der Formvorschrift in § 766 Satz 1 BGB geschlossen wurde.

Es liegt nicht allzu fern, den § 110 BGB in ähnlicher Weise auszulegen. Der schuldrechtliche Vertrag, den der Minderjährige schloß, ist schwebend unwirksam, da die elterliche Zustimmung fehlt. Erfüllt nun der Minderjährige den Vertrag mit dazu überlassenen Mitteln, so wird der Vertrag wirksam. Der unwirksame Vertrag wird geheilt durch die Erfüllung.¹⁾

§ 110 BGB unterscheidet sich zwar von den anderen oben genannten Normen dadurch, daß in diesen Vorschriften Formfehler geheilt werden. In § 110 BGB ist dagegen der Vertrag deshalb schwebend unwirksam, weil die elterliche Mitwirkung fehlt. Ein weiterer Unterschied zwischen § 110 BGB und den übrigen Vorschriften, die die Heilung durch Erfüllung betreffen, liegt darin, daß die §§ 313, 518 und 766 BGB eine volle, aber heilbare Unwirksamkeit betreffen, während der schuldrechtliche Vertrag nach § 107 BGB nur schwebend unwirksam ist.

Doch diese Unterschiede zwischen § 110 BGB einerseits und den §§ 313 Satz 2, 518 Absatz 2 und 766 Satz 2 BGB andererseits

1) Dafür spricht sich insbesondere Colonius, Seite 54 aus. Auch Lange, AcP 144, 149 ff (154) erwähnt den § 110 BGB bei den Vorschriften über die Heilung durch Vollzug.

sind nicht so elementar, daß ein Vergleich dieser Normen a priori ausgeschlossen wäre. Ähnlichkeit zwischen beidem besteht insoweit, als sowohl das Formerfordernis als auch die Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter unter den übergeordneten Begriff der "Rechtsbedingungen" ¹⁾ fallen.

Schließlich ist auch der Unterschied nicht allzu groß, daß in den §§ 313 Satz 1, 518 Absatz 2 und 766 Satz 2 BGB nichtige Verträge geheilt werden, während im Falle des § 110 BGB der Vertrag "nur" schwebend unwirksam ist ²⁾. Einerseits läßt sich der Standpunkt vertreten, die schwebende Unwirksamkeit sei der vollen Unwirksamkeit weitgehend vergleichbar, weil bei fehlender Zustimmung des gesetzlichen Vertreters keine Ansprüche auf Erfüllung bestehen und weil die Leistungen nicht erbracht bzw. vindiziert werden können. Dann erscheint es angemessen, auch im Falle der schwebenden Unwirksamkeit einen Heilungszustand vorzusehen.

Man kann aber auch den gemeintellten Standpunkt vertreten, daß die volle Unwirksamkeit ein alibi zur schwebenden Unwirksamkeit darstellt. Dies kann damit begründet werden, daß die einseitige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausreicht, um den Vertrag voll wirksam zu machen. Eine beiderseitige Neuvernahme sei überflüssig. Auch bei dieser vermittelnden Auffassung kann man argumentieren: Wenn schon ein vollständig nichtiger Vertrag in gewissen Fällen (§§ 313, 518 und 766 BGB) geheilt werden kann, so ist es nur billig, daß auch ein schwebend unwirksamer Vertrag, der doch seinem Wesen nach der Wirksamkeit näher steht, geheilt wird.

Es lassen sich auch Gemeinsamkeiten des § 110 BGB mit den anderen Heilungsvorschriften finden. Zum Beispiel werden in allen genannten Normen - sowohl bei § 110 BGB als auch bei den §§ 313, 518 und 766 BGB - Verträge geheilt, die deshalb

1) Erman, vor § 158 Rdn. 5; Larenz, AT, § 25 I; Palandt, Einf. vor § 158 Anmerkung 2; RGRK, vor § 158 Anmerkung 8; Soergel - Knopp, vor § 158 Rdn. 7 bis 9, die in Rechtsbedingungen nur "bedingungsähnliche Klauseln" sehen.

2) Vergleiche dazu auch die Einleitung, Seite 2 und 3.

unwirksam sind, weil Schutznormen nicht beachtet wurden. Bei den §§ 313, 518 und 766 BGB wurden Formvorschriften mißachtet, die eine Partei vor dem übereilten Vertragsschluß schützen wollen. Bei § 110 BGB wurden Normen nicht berücksichtigt, welche den Minderjährigenschutz betreffen.

Eine weitere Gemeinsamkeit aller genannten Normen besteht darin, daß nicht die Erfüllung durch beide Parteien erforderlich ist. Vielmehr reicht es aus, daß diejenige Partei erfüllt, deren Schutz vom Gesetz beabsichtigt ist. Deshalb muß bei § 313 Satz 2 BGB der Veräußerer geleistet haben¹⁾, bei § 518 Absatz 2 BGB der Schenker die Leistung bewirkt haben, bei § 766 Satz 2 BGB der Bürge geleistet haben. Ebenso muß bei § 110 BGB der Minderjährige, den diese Norm schützen will, die Leistung bewirkt haben, damit der Vertrag wirksam wird.

b. Voraussetzungen für diese Lösung

Eine Auslegung des § 110 BGB als Vorschrift, in welcher der schwebend unwirksame schuldrechtliche Vertrag durch die Erfüllung geheilt wird, wirft jedoch folgende Fragen auf: Ist das Erfüllungsgeschäft, von dem die heilende Wirkung ausgehen soll, denn selbst wirksam? Aufgrund welcher Vorschriften ist dieses Geschäft wirksam? Oder geht die Heilungswirkung von einem Geschäft aus, das seinerseits schwebend unwirksam ist?

aa. Ein Vergleich des § 110 BGB mit den übrigen Heilungstatbeständen in den §§ 313 Satz 1, 518 Absatz 2 und 766 Satz 2 BGB zeigt, daß das Erfüllungsgeschäft selbst wirksam sein muß, damit von ihm eine Heilung des schuldrechtlichen Vertrags ausgehen kann²⁾. Daß dies so sein muß, folgt bereits aus

1) Insoweit knüpft § 313 Satz 2 BGB nur an die alte Fassung des § 313 Satz 1 BGB an. In der früheren Fassung war nur der schuldrechtliche Vertrag über die Grundstücksüberlassung formbedürftig. Formfrei war dagegen der Erwerbsvertrag.

2) Zu § 313 BGB vergleiche Erman, § 313 Rdn. 75; Soergel-Schmitt, § 313 Rdn. 30; Rother, § 313, Kommentierung zu Satz 2; Palandt, § 313 Anmerkung 13 a; RGRK, § 313 Anmerkung 70; Staudinger, § 313 Rdn. 112 ff mwN.

Zu § 518 BGB vergleiche Erman, § 518 Rdn. 7 ff; Soergel-Ballerstedt, § 518 Rdn. 15 ff; Palandt, § 518 Anmerkung 5 b; RGRK, § 518 Anmerkung 20 ff, insbesondere Anmerkung 22; Staudinger, § 518 Rdn. 14 mwN.

Zu § 766 BGB vergleiche Erman, § 766 Rdn. 6; Soergel-Schmitt, § 766 Rdn. 18; RGRK, § 766 Anmerkung 12; Staudinger, § 766 Rdn. 15 ff mwN.

allgemeinen Überlegungen: Es ist nicht möglich, daß ein unwirksames Erfüllungsgeschäft ein anderes unwirksames Geschäft, hier den schuldrechtlichen Vertrag, gültig macht. Schließlich muß das Erfüllungsgeschäft auch aus dem Grunde wirksam sein, weil § 110 BGB von der "Bewirkung" der Leistung spricht. Die Leistung ist aber nach § 362 Abs. 1 BGB nur dann bewirkt, wenn das Erfüllungsgeschäft voll wirksam ist.

Geht man davon aus, daß ein wirksamer Erfüllungsakt nötig ist, damit der Vertrag nach § 110 BGB als wirksam gilt, so sind grundsätzlich zwei Fälle zu unterscheiden: In einem Fall besteht der Erfüllungsakt aus einem Rechtsgeschäft, in aller Regel aus einem dinglichen Vertrag, zum Beispiel der Übereignung, der Auflassung oder der Forderungsabtretung. In anderen Fällen liegt kein Rechtsgeschäft vor, zum Beispiel wenn die verpflichtete Partei eine Tätigkeit zu erbringen hat.

Enthält der Erfüllungsakt **kei n R e c h t s g e s c h ä f t**, so ist der Vollzugsakt ohne weitere Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters wirksam. Folglich kann von diesem Erfüllungsakt auch die Heilung des schuldrechtlichen Vertrages gemäß § 110 BGB ausgehen. Hat ein Minderjähriger ohne Zustimmung einen Vertrag geschlossen, in welchem er eine Tätigkeit schuldet, so wird dieser Vertrag, der gemäß § 107 BGB zunächst schwebend unwirksam ist, dann gültig, wenn der Minderjährige seine Leistung erbringt, § 110 BGB. Eine andere Frage ist, ob man im letzten Fall davon sprechen kann, daß die Arbeitskraft des Minderjährigen ein "überlassenes Mittel" im Sinne des § 110 BGB ist. Diese Frage soll jedoch einer gesonderten Erörterung vorbehalten bleiben¹⁾.

Problematischer ist dagegen der andere Fall, in welchem der Erfüllungsakt aus einem **R e c h t s g e s c h ä f t** besteht. Hier schließt der Minderjährige in der Regel einen dinglichen Vertrag, oftmals übereignet er Geld zur Erfüllung eines Kaufvertrages. Diese Alternative ist die weitaus häufigere. Die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts richtet sich allein nach den

1) Vergleiche dazu die Ausführungen auf Seite 104 ff.

§§ 107, 108 BGB. Dagegen ist § 110 BGB unanwendbar, weil diese Norm die wirksame Erfüllung nicht behandelt, sondern sie voraussetzt ¹⁾.

Im folgenden ist also zu untersuchen, ob und wann der dingliche Vertrag nach §§ 107, 108 BGB wirksam ist, wenn der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel zum Zwecke der Vertragserfüllung überläßt.

(1) Eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist zweifellos dann nötig, wenn der Minderjährige über Mittel verfügen möchte, die in seinem Eigentum stehen, beziehungsweise wenn er Forderungsinhaber ist. Denn er erleidet durch die Verfügungen den rechtlichen Nachteil, das Eigentum an der Sache oder die Inhaberschaft der Forderung zu verlieren (§ 107 BGB). Die erforderliche Zustimmung im Sinne des § 107 BGB könnte nun konkludent darin liegen, daß der gesetzliche Vertreter die Mittel zu diesem Zweck überläßt. Voraussetzung dafür ist, daß die Grundelemente vorliegen, aus denen eine Willenserklärung besteht: Der äußere Erklärungsstatbestand ist gegeben. Denn der gesetzliche Vertreter, der dem Minderjährigen einen Geldbetrag gibt mit der Maßgabe, damit zum Beispiel ein bestimmtes Buch zu kaufen, erklärt damit zugleich, mit einer Verfügung über den Geldbetrag einverstanden zu sein. Ebensowenig läßt sich leugnen, daß ein entsprechender subjektiver Tatbestand einer Willenserklärung existiert. Denn der gesetzliche Vertreter billigt die Verfügung. Ebenso ist die Zustimmung an einen der möglichen Erklärungsadressaten gerichtet, nämlich an den Minderjährigen gemäß § 182 Absatz 1 BGB. Somit liegt die für das dingliche Geschäft erforderliche Zustimmung darin, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel für einen bestimmten Zweck übergibt. Der Vollzugsakt ist somit wirksam.

(2) Ist das dingliche Geschäft wirksam, wenn der Minderjährige über fremde Gegenstände verfügt? Angenommen, auch diese Verfügung über fremde Sachen wäre wirksam, wird dann der schuld-

1) Vergleiche auch Seite 11.

rechtliche Vertrag nach § 110 BGB gültig? Oder ist es immer so, daß die Mittelüberlassung als Übereignung aufzufassen ist?

Die Frage, ob die "Überlassung" im Sinne des § 110 BGB z w a n g s l ä u f i g mit einer Übereignung an den Minderjährigen verbunden ist, muß verneint werden. Ein Vergleich mit § 536 BGB zeigt, daß die Überlassung nicht an eine Übereignung geknüpft ist. In § 536 BGB wird das Wort "Überlassung" für die Verschaffung der tatsächlichen Gebrauchsmöglichkeit verwandt. Hätte der Gesetzgeber in § 110 BGB die Übereignung gemeint, so hätte er auch sicherlich diesen Begriff angewandt. Weiterhin sprechen die tatsächlichen Gegebenheiten gegen eine Auslegung, daß die Überlassung mit einer Übereignung an den Minderjährigen verbunden sein muß: Übergibt der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen zum Beispiel 100,-- DM zum Kauf eines Buches, ist dieses aber nicht lieferbar und kommt deshalb kein Kaufvertrag zustande, so wird der gesetzliche Vertreter den Geldbetrag oftmals zurückverlangen. Es wäre nun lebensfern, zunächst eine Übereignung des gesetzlichen Vertreters an den Minderjährigen und anschließend eine Rückübereignung an den gesetzlichen Vertreter anzunehmen. Folglich muß in der Überlassung n i c h t z w a n g s l ä u f i g eine Übereignung an den Minderjährigen liegen ¹⁾.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß das Verfügungsgeschäft wirksam ist. Die Wirksamkeit des dinglichen Geschäfts richtet sich nach § 107 BGB. Danach wäre es sogar ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gültig, wenn es für den Minderjährigen n i c h t rechtlich n a c h t e i l i g ist. Ein Rechtsnachteil in Form eines Eigentumsverlusts tritt sicherlich nicht ein, denn der Minderjährige war bei dieser Variante ja nie Eigentümer. Es fragt sich aber, ob der B e s i t z v e r l u s t für ihn einen rechtlichen Nachteil bringt. Ist also der Besitz

1) Die Literatur scheint gleicher Meinung zu sein, indem sie bei § 1644 BGB sowohl eine Überlassung aus dem Kindsvermögen, das dem elterlichen Verwaltungsrecht unterliegt, als auch die Überlassung aus dem elterlichen Vermögen anerkennt. Vergleiche RGRK, § 1644 Anmerkung 1; Soergel-Lange, § 1644 Rdn. 2; Staudinger, § 1644 Rdn. 3.

als Recht anzusehen mit der Folge, daß dessen Verlust als Rechtsnachteil im Sinne des § 107 BGB zu werten ist?

Die Frage, ob der Besitz ein Recht darstellt, ist umstritten und kann in dieser pauschalen Art nicht beantwortet werden¹⁾. Sie braucht auch nicht erörtert zu werden, weil das Problem auf einfacherem Wege zu lösen ist: Verfügt der Minderjährige im eigenen Namen über eine fremde Sache, welche er im Besitz hat, und liegt dazu eine Ermächtigung des Berechtigten vor, so ist die Verfügung sicherlich wirksam. Denn das Vermögen des Minderjährigen ist nicht betroffen, der Berechtigte hätte auch selbst hierüber verfügen können.

Bei fehlender Ermächtigung ist - wenn dieselbe Sachlage vorliegt (das heißt der Minderjährige verfügt im eigenen Namen über eine fremde Sache, die er im Besitz hat) - abzuwägen: Der gutgläubige Erwerber hat ein schutzwürdiges Interesse am Erwerb der Sache (§ 892 oder § 932 BGB). Demgegenüber ist der Minderjährige nicht schutzwürdig, denn die ratio des § 107 BGB besteht darin, den Minderjährigen lediglich vor Schädigungen durch eigene Handlungen zu bewahren. § 107 BGB kann und will nicht den tatsächlichen Untergang oder die Beschädigung einer Sache verhindern. Da aber bei den §§ 892 und 932 BGB der Erwerb aufgrund Gesetzes eintritt, steht § 107 BGB nicht entgegen. Ebensowenig hindern die Interessen des Berechtigten, da der Gesetzgeber hier eine klare Entscheidung zugunsten des gutgläubigen Erwerbers getroffen hat²⁾. Somit ist die Verfügung über

1) Der Besitz wird von der herrschenden Lehre als die vom Verkehr anerkannte tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache bezeichnet, sie ist also kein Recht, sondern ein tatsächliches Verhältnis (so zum Beispiel Staudinger, Vorbemerkung 854 Rdn. 1; Erman, Vorbemerkung § 854 Anmerkung 2). Wenn auch der Besitz kein Recht darstellt, so begründet er dennoch eine "rechtsähnliche Stellung" (so RGRK aaO), er ist "weitgehend als Rechtsgut zu behandeln" (so Erman aaO), er hat die "Bedeutung eines Rechts" (so Palandt, vor § 854 Anmerkung 1). Dies zeigt sich zum Beispiel darin, daß der Besitz als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Absatz 1 BGB zu behandeln ist (vergleiche hierzu jedoch die Einschränkungen durch Medicus, AcP 165, Seite 118 und 148) oder kondiziert werden kann (812 BGB), um nur einige Hauptbeispiele zu nennen.

2) Zum selben Ergebnis, ohne allerdings auf das Problem des Besitzverlustes einzugehen, kommt die h.M., zum Beispiel Larenz, AT, Seite 85; Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1; Flume, § 13, 7 b; Erman, § 107 Anmerkung 2; Palandt, § 107 Anmerkung 2; Staudinger, § 107 Rdn. 7; Soergel-Hefermehl, § 107 Anmerkung 5.

fremde Sachen nach § 107 BGB gültig, da sie für den Minderjährigen nicht nachteilig ist.

Zusammenfassend¹⁾ ist festzuhalten: Die Verfügung des Minderjährigen über die überlassenen Mittel ist nach §§ 107, 108 BGB gültig. Ohne weiteres gültig sind die Verfügungen, die rechtlich nicht nachteilig sind (zum Beispiel wenn der Minderjährige über fremde Sachen verfügt oder wenn er einen Realakt vornimmt). Aber auch rechtlich nachteilige Verfügungen werden wirksam, weil die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegt. Diese liegt konkludent in der Überlassung.

bb. Während es bei den §§ 313 Satz 2, 518 Absatz 2 und 766 Satz 2 BGB allein darauf ankommt, daß die nach diesen Vorschriften schutzwürdige Partei geleistet hat, muß bei § 110 BGB neben der Tatsache der wirksamen Erfüllung noch eine weitere Voraussetzung vorliegen. Abgesehen davon, daß der gesetzliche Vertreter die Mittel zum Zwecke der Erfüllung überlassen haben muß, ist weiterhin erforderlich, daß der Minderjährige die Mittel entsprechend der Zweckbestimmung verwendet.

Wie ist nun die "Überlassung zu diesem Zweck", das heißt "zum Zwecke der Erfüllung des Vertrages", juristisch einzuordnen? Handelt es sich hier um die Zweckbestimmung im Sinne des Erfüllungsrechts, also um die causa solvendi?

Schon der Wortlaut deutet darauf hin, daß die Überlassung "zum Zwecke der Erfüllung" im Sinne des § 110 BGB identisch ist mit der erfüllungsrechtlichen Zweckbestimmung.

Weiterhin haben beide Rechtsinstitute, einerseits die "Überlassung zu diesem Zweck" nach § 110 BGB, andererseits die Zweckbestimmung im Sinne des Erfüllungsrechts, dieselbe Aufgabe: Erstere hat die Funktion, eine Beziehung zu schaffen zwischen

1) Von diesem Ergebnis ist jedoch ein Sonderfall auszunehmen: Im Falle des § 854 Absatz 2 ist zur Besitzübertragung eine rechtsgeschäftliche Einigung zwischen dem Übertragenden und der Erwerber erforderlich. Sie unterliegt den Vorschriften über Willenserklärungen. Falls der Minderjährige den Besitz übertragen möchte, bedarf er hier der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nach §§ 107, 108 BGB. So die h.M., vergleiche Erman, § 854 Anmerkung 15; RGRK, § 854 Anmerkung 15.

dem Vollzugsgeschäft und dem Grundgeschäft. Das dingliche Geschäft, das für sich wirksam ist, soll den schuldrechtlichen Vertrag heilen. Es soll jedoch nicht jedes Grundgeschäft sanktioniert werden, sondern nur dasjenige, welches vom gesetzlichen Vertreter gebilligt wird. Das Geschäft muß also dem von ihm gesetzten Zweck entsprechen.

Ebenso besteht die Aufgabe der Zweckbestimmung (im Sinne des Erfüllungsrechts) darin, "eine Sache oder eine Leistung in ein bestehendes Schuldgefüge einzubeziehen" ¹⁾, eine Zuordnung zwischen beiden zu schaffen.

Somit enthält die Mittelüberlassung "zu diesem Zweck" eine erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung. Die Streitfrage ²⁾, ob eine erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung im allgemeinen erforderlich ist, bedarf wegen der positiven Entscheidung des Gesetzgebers in § 110 BGB keiner Erörterung. Dagegen ist problematisch, in welcher Weise und von welcher Person die erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung im Falle des § 110 BGB vorgenommen wird. Im allgemeinen muß sie von einem Vertragspartner an den anderen gerichtet werden, gleichgültig ob man in der Zweckbestimmung ein einseitiges Rechtsgeschäft ³⁾ oder einen Vertrag ⁴⁾ erblickt. Hiervon unterscheidet sich § 110 BGB in zwei Punkten. Zum einen wird die Zweckbestimmung von einem "Dritten", nämlich dem gesetzlichen Vertreter vorgenommen, zum anderen erfolgt die Zwecksetzung nicht gegenüber dem Vertragspartner, sondern gegenüber dem Minderjährigen.

Beide Abweichungen stehen einer Auslegung, die "Überlassung zu diesem Zweck" enthalte eine erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung, nicht entgegen. Die Zweckbestimmung kann auch vom gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden, da er das Personen- und Vermögenssorgerecht besitzt. Ob daneben auch der Minderjährige generell in der Lage ist, die erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorzunehmen, kann speziell

1) Rother, AcP 169, 30.

2) Eine Übersicht über die unterschiedlichen Meinungen gibt zum Beispiel Larenz, Schr AT, § 18 I.

3) Larenz aaO.

4) v. Tuhr, Bd. III, Seite 82; Enneccerus-Lehmann, § 60 II 2 und 3.

bei § 110 BGB offenbleiben, da diese Norm ausdrücklich und ausschließlich die Zweckbestimmung durch den gesetzlichen Vertreter verlangt.

Ferner kann der gesetzliche Vertreter die erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung gegenüber dem Minderjährigen vornehmen. Denn in dem ähnlichen Fall, daß der gesetzliche Vertreter dem schuldrechtlichen Vertrag, welcher ohne Zustimmung geschlossen wurde, nachträglich zustimmt, genügt es grundsätzlich, daß der gesetzliche Vertreter alle Erklärungen dem Minderjährigen gegenüber abgibt (§ 182 BGB). Es würde nun im Falle des § 110 BGB eine unnötige Komplizierung darstellen, wenn man annehmen würde, die Zweckbestimmung könne nur dem Vertragspartner gegenüber erklärt werden. Denn alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 110 BGB, nämlich die Mittelüberlassung und die darin enthaltene Zustimmung zum dinglichen Vertrag, können an den Minderjährigen adressiert werden. Darüberhinaus stieße eine Beschränkung des Adressatenkreises auch auf praktische Schwierigkeiten, weil die Mittelüberlassung häufig zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem noch nicht feststeht, wer der Erklärungsempfänger (also der Vertragspartner) sein wird.

Somit liegt in der "Mittelüberlassung zu diesem Zweck" eine Zweckbestimmung im Sinne des Erfüllungsrechts. Diese wird durch den gesetzlichen Vertreter ausgesprochen und gegenüber dem Minderjährigen erklärt.

Z u s a m m e n f a s s e n d ist festzuhalten: Dogmatisch ist es möglich, in § 110 I. Alternative BGB eine Heilungsvorschrift zu sehen, in der der schwebend unwirksame schuldrechtliche Vertrag durch die Erfüllung des Minderjährigen geheilt wird. Dafür müssen folgende Voraussetzungen vorliegen: Zunächst muß auf seiten des Minderjährigen das **V o l l z u g s g e s c h ä f t** wirksam sein, was nach § 107 BGB zu beurteilen ist. Soweit für rechtlich nachteilige Vollzugsgeschäfte die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, liegt sie konkludent in der Mittelüberlassung. Ferner ist eine erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung erforderlich. Sie wird konkludent mit der Mittelüberlassung erteilt und wird vom gesetzlichen Vertreter gegenüber

dem Minderjährigen vorgenommen.

c. Die Vorteile dieses Lösungswegs im Vergleich mit anderen Lösungsmöglichkeiten

Für diese Auslegung spricht zunächst der klare Wortlaut. Danach muß der schuldrechtliche Vertrag "ohne Zustimmung" geschlossen sein. Hiergegen wird oft vorgebracht, diese Klausel bedeute nur soviel wie "ohne ausdrückliche Zustimmung", doch sei eine konkludente Zustimmung im Falle des § 110 BGB sehr wohl möglich ¹⁾. Dieses Gegenargument ist jedoch unzutreffend, da der Gesetzgeber in keinem anderen Fall zwischen ausdrücklicher und konkludenter Zustimmung unterschieden hat, ferner auch deshalb, weil beide völlig gleichwertig und mit der gleichen Wirkung nebeneinander bestehen.

Außerdem spricht die volkstümliche Betrachtungsweise für die Auslegung der ersten Alternative des § 110 BGB als Heilungstatbestand. In der Bevölkerung werden die schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäfte in der Regel als Einheit behandelt. Wird zum Beispiel ein Buch gekauft und bar bezahlt, so empfindet der Bürger dies als ein Geschäft. Ebenso wie er es als unnötige Komplizierung ansieht, daß bei einem "Kauf" mehrere Verträge geschlossen werden, hält er es für unverständlich und unbillig, daß ein Vertrag, zum Beispiel der dingliche Vertrag, wirksam sein kann, der andere, zum Beispiel der schuldrechtliche Vertrag, hingegen unwirksam ist. Diese Anschauung herrscht insbesondere bei den Barzahlungsgeschäften des täglichen Lebens vor. Gerade diese Geschäfte will aber § 110 BGB erfassen. Wenn nun der Gesetzgeber der Anschauung des täglichen Lebens folgt und die Zusammengehörigkeit der verschiedenen Verträge in § 110 anerkennt, erübrigt es sich, eine bedingte Zustimmung zu konstruieren, nur um das dingliche Geschäft mit dem schuldrechtlichen zu verknüpfen. Die Interpretation, daß bei § 110 beide Verträge durch eine Bedingung verbunden sind, ist - wenn man von

1) Colonius, Seite 28 mwN.

den tatsächlichen Verhältnissen ausgeht - nicht mehr als Auslegung zu bezeichnen, vielmehr reicht sie an eine Unterstellung.

Schließlich hat eine Auslegung, daß § 110 1. Alternative einen Heilungstatbestand enthält, den Vorteil, daß eine *e i n h e i t - l i c h e* Einordnung des § 110 möglich ist, wie später darzulegen sein wird ¹⁾.

Im folgenden ist noch zu prüfen, ob das gefundene Ergebnis, § 110 1. Alternative enthalte einen Heilungstatbestand, von der *t e l e o l o g i s c h e n* Auslegung gedeckt ist. Ziel einer Interpretation des § 110 muß es sein, den Minderjährigenschutz im vollen Umfange zu verwirklichen und dabei zugleich die Interessen des Vertragspartners und die des gesetzlichen Vertreters zu berücksichtigen. Insbesondere soll der Minderjährige damit auch in wirksamer, aber dennoch gefahrloser Weise an den Rechtsverkehr herangeführt werden.

Die Auslegung des § 110 als Heilungstatbestand weist dem *M i n - d e r j ä h r i g e n* einen weiten Handlungsspielraum zu, denn er kann bis zur Leistungsbewirkung frei entscheiden, ob der Vertrag dadurch wirksam sein soll, daß er erfüllt wird. Werden ihm zum Beispiel Mittel zum Kauf eines Plattenspieters überlassen und erblickt man darin keine Einwilligung zum schuldrechtlichen Vertrag, so ist der Minderjährige auch *n a c h* dem Vertrags-schluß noch nicht gebunden. Er kann also noch überlegen und abwägen, ob er durch Geldhingabe den Vertrag wirksam machen soll. Hierdurch erhält der Minderjährige eine größere Handlungsfreiheit, er bekommt ein eigenes Entscheidungsrecht. Diese stärkere Rechtsposition wird dem Minderjährigen vom gesetzlichen Vertreter eingeräumt. Denn der gesetzliche Vertreter zieht sich gleichsam von der Entscheidung über die Gültigkeit des Vertrages zurück und überläßt diese Frage dem Minderjährigen zur Entscheidung.

Ferner wird der Minderjährige nur dann und nur insoweit verpflichtet, als der die überlassenen Mittel noch besitzt und er infolgedessen noch in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen.

1) Vergleiche hierzu die Erörterungen auf Seite 52 ff.

Bei Verlust des Geldes wird der Minderjährige nicht verpflichtet. Im gewissen Sinne kann man darin eine Modifizierung des Unmöglichkeitrechts sehen: Wird dem Minderjährigen die Leistung objektiv oder subjektiv, vor oder nach Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages, vor oder nach der Mittelüberlassung unmöglich, so wird der Minderjährige nicht nur frei, sondern er wird erst gar nicht verpflichtet. Hätte der gesetzliche Vertreter dagegen zugestimmt im Sinne der §§ 107, 108 BGB, so würde das allgemeine Unmöglichkeitrecht gelten.

Somit verwirklicht die hier vertretene Auslegung des § 110 das Schutzprinzip in vollem Umfang. Dieses Prinzip verlangt, daß der Minderjährige vor Schaden bewahrt wird. In § 110 ist dies in zweierlei Weise realisiert. Einerseits gilt der Vertrag nur dann als wirksam, wenn die Mittel bestimmungsgemäß verwandt werden. Andererseits wird der Minderjährige zu keinem Zeitpunkt verpflichtet: **V o r** der Erfüllung ist er nicht verpflichtet, weil der Vertrag noch schwebend unwirksam ist (§ 110), **n a c h** der Erfüllung ist er es nicht, weil die Verpflichtung durch Erfüllung **e r l i s c h t** (§ 362 BGB).

Die Auslegung, § 110 enthalte einen Heilungstatbestand, schützt auch den **g e s e t z l i c h e n V e r t r e t e r** in gewissem Umfang vor wirtschaftlichen Nachteilen. Dies wird anhand folgenden Beispiels deutlich. Der gesetzliche Vertreter überläßt dem Minderjährigen Geld zur Erfüllung eines bestimmten Vertrages gemäß § 110, 1. Alternative BGB. Obwohl der Minderjährige das Geld verliert, schließt er den schuldrechtlichen Kaufvertrag. Da der Minderjährige nicht erfüllen kann, bleibt der Vertrag schwebend unwirksam. Weder der Minderjährige noch der gesetzliche Vertreter brauchen die Mittel nochmals aufzubringen.

Anders ist die Rechtslage, falls der gesetzliche Vertreter dem schuldrechtlichen Vertrag zugestimmt hat. Verliert der Minderjährige das Geld, schließt er aber trotzdem den Kaufvertrag, so ist dieser wirksam. Der Minderjährige wird verpflichtet, obwohl er die hierzu bestimmten Mittel nicht mehr hat. Er muß also den Geldbetrag nochmals aufbringen. Häufig wird der gesetzliche Vertreter einspringen und den Betrag zum zweiten Male aufbringen

müssen - obwohl er hierzu rechtlich nicht verpflichtet ist, da der Minderjährige der alleinige Vertragspartner und damit der alleinige Schuldner ist.

Für den gesetzlichen Vertreter ergeben sich somit die folgenden beiden Möglichkeiten, um den Vertrag eines Minderjährigen wirksam zu machen. Einerseits kann der gesetzliche Vertreter die **Z u s t i m m u n g** zum schuldrechtlichen und dinglichen Vertrag erteilen, wenn der Vertrag in **j e d e m F a l l e** wirksam sein soll, wenn er also die Verpflichtung "um jeden Preis" will (§§ 107, 108). Das wird oft bei Geschäften über **n o t w e n d i g e** Güter der Fall sein. Zum Beispiel wird der gesetzliche Vertreter beim Kauf eines Lehrbuches durch den Minderjährigen bereits dem schuldrechtlichen Vertrag zustimmen, da die Ansprüche und Verpflichtungen des Minderjährigen auch bei Verlust des Geldes entstehen sollen. Ferner wird der gesetzliche Vertreter dem schuldrechtlichen Vertrag zustimmen, falls der Minderjährige ein besonderes Interesse hat, zum Beispiel wegen des günstigen Kaufpreises oder der Gegenleistung.

Im Gegensatz hierzu wird der gesetzliche Vertreter die Mittel lediglich zur Erfüllung eines Vertrages überlassen (§ 110 1. Alternative), wenn das "Ob und Wie" des schuldrechtlichen Vertrags weitgehend dem Minderjährigen obliegen soll. Der gesetzliche Vertreter steckt durch die Überlassung zu diesem Zweck im Sinne des § 110 BGB einen "dinglichen Rahmen", ohne auf den Inhalt des schuldrechtlichen Vertrages unmittelbar Einfluß zu nehmen. Dies wird häufig bei Luxusgütern beabsichtigt sein.

Als **E r g e b n i s** ist somit festzuhalten: Der Minderjährigenschutz wird am besten verwirklicht, wenn man § 110 1. Alternative BGB in folgender Weise auslegt: Der schuldrechtliche Vertrag wird ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters allein deshalb wirksam, weil der Minderjährige die Leistung mit ihm überlassenen Mitteln bewirkt. Der schuldrechtliche Vertrag wird also durch das Erfüllungsgeschäft geheilt.

d. Die Grenzen der Mittelüberlassung

Wenn dem Minderjährigen Mittel zur Erfüllung eines Vertrages überlassen werden, so heißt das noch nicht, daß er damit jedes beliebige Geschäft abschließen kann. Abgesehen von den Fällen, daß der Vertrag wegen Verstoßes gegen ein Gesetz gemäß § 134 BGB oder gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB unwirksam ist, muß auch die Schranke des § 1644 beziehungsweise § 1824 beachtet werden. Diese Vorschrift stellt sicher, daß alle Gegenstände, die nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts veräußert werden dürfen, auch nur mit vormundschaftlicher Genehmigung zur Vertragserfüllung oder zur freien Verfügung überlassen werden dürfen. § 1644 soll also die Umgehung des § 1643 verhindern. Erwähnt werden muß, daß § 1644 BGB nur dann einschlägig ist, wenn eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Verfügung gemäß § 107 nötig ist. Überträgt der gesetzliche Vertreter nur den Besitz an den Minderjährigen, nicht aber das Eigentum, so ist die Schranke des § 1644 unbeachtlich, weil in diesem Falle der dingliche Vertrag gemäß § 107 BGB zustimmungsfrei ist.¹⁾

Neben den Schranken, welche das Gesetz selbst enthält, sind auch diejenigen Grenzen zu beachten, die der gesetzliche Vertreter setzt. Er kann dem Minderjährigen einen genauen Verwendungszweck vorschreiben. Nur wenn der Minderjährige die Mittel entsprechend diesem Zweck verwendet, ist der Vertrag wirksam. Weicht der Minderjährige von der Bestimmung des gesetzlichen Vertreters ab, kauft er zum Beispiel eine andere Sache als die, für welche er das Geld erhielt, so wird der Vertrag nicht wirksam.

Noch nicht diskutiert wurde das Problem, wie genau der gesetzliche Vertreter den "Zweck" im Sinne des § 110 1. Alternative festlegen muß. Wie bestimmt muß also die "Überlassung zu diesem Zweck" sein? Muß der gesetzliche Vertreter die Mittel zu dem Zweck überlassen, um damit einen genau bestimmten Vertrag zu erfüllen? Oder genügt es, wenn er die Mittel - ähnlich wie beim beschränkten Generalkonsens - für einen bestimmten Kreis

1) RGRK, § 1644 Anmerkung 1; Staudinger, § 1644 Rdn. 3.

von Geschäften überläßt?

Diese Fragen sollen anhand folgenden Beispiels¹⁾ erörtert werden: Der gesetzliche Vertreter überläßt dem Minderjährigen einen Geldbetrag zur freien Verwendung, er verbietet aber zugleich, davon Zigaretten zu kaufen.

Nach §§ 107, 108 BGB ist der Vertrag hier nicht wirksam, weil die Zustimmung nicht für einen bestimmten Kreis von Geschäften erteilt wurde. Es liegt ein sogenannter unbegrenzter Generalkonsens vor, der nach herrschender Meinung²⁾ unzulässig ist. Es wurde auch keine Genehmigung ausgesprochen, die den Vertrag gemäß § 107 wirksam machen würde.

Kann nun bei diesem Beispiel von einer "Überlassung zu diesem Zweck"³⁾ gesprochen werden? Oder ist die Zweckbestimmung z u u n g e n a u, das heißt, zu unbegrenzt? Würde man für die "Überlassung zu diesem Zweck" diejenigen Grenzen verlangen, die für einen zulässigen Generalkonsens bestehen, daß nämlich die Zustimmung auf einen bestimmten K r e i s von Geschäften beschränkt ist, so würde der Vertrag nicht nach § 110 BGB wirksam. Dem Minderjährigen ist nur e i n e Verwendungsart verboten, hier der Kauf von Zigaretten. Es verbleibt ein äußerst weiter Handlungsraum, der über einen bestimmten Kreis von Geschäften (zum Beispiel solche, die eine Reise betreffen) weit hinaus geht.

Bei § 110 1. Alternative BGB ist es nicht erforderlich, daß der gesetzliche Vertreter die Mittelüberlassung auf einen bestimmten Lebensbereich oder auf einen abgegrenzten Kreis von Geschäften begrenzt. Im Unterschied zu § 110 muß der G e n e r a l k o n s e n s deshalb beschränkt werden, weil sonst die Möglichkeit besteht, daß der Minderjährige unbegrenzt Verpflichtungen eingehen kann. Beim Generalkonsens muß der mögliche Verpflicht-

1) Dieses Beispiel wurde erörtert von R. Schmidt, Bürgerliches Recht, AT, 2. Auflage, § 30 III. 2 b, Seite 88 und von Weimar, JR 66, 91.

2) Vergleiche dazu Seite 14 Fußnote 1.

3) An dieser Stelle wird zunächst unterstellt, daß hier keine "Überlassung zur freien Verfügung" vorliegt. Zur Abgrenzung vergleiche Seite 62 ff.

tungsrahmen für den gesetzlichen Vertreter überschaubar bleiben. Deshalb ist sich die Literatur¹⁾ einig, daß im Falle des Generalkonsenses inhaltliche Schranken bestehen müssen. Dagegen droht bei § 110 nicht die Gefahr, daß die Verpflichtungen des Minderjährigen für den gesetzlichen Vertreter unüberschaubar werden. Die Primärleistungspflicht des Minderjährigen ist durch die Höhe der überlassenen Mittel begrenzt. Diese betragsmäßige Begrenzung erübrigt es, die Mittelüberlassung zusätzlich auf einen sachlich abgegrenzten Kreis von Geschäften zu beschränken.

Als Ergebnis folgt somit: All diejenigen - aber auch nur diejenigen - Verträge des Minderjährigen werden wirksam, in denen die überlassenen Mittel so verwendet werden, wie es der gesetzliche Vertreter in der Bestimmung anordnet. Im oben genannten Beispiel kann der Minderjährige jeden Vertrag schließen, mit Ausnahme des verbotenen Zigarettenkaufs.

Zwar könnte man gegen dieses Ergebnis einwenden, es sei unbillig, weil dem Vertragspartner des Minderjährigen oft verborgen bleibe, ob die Mittel bestimmungsgemäß oder entgegen dem Verbot des gesetzlichen Vertreters verwendet werden. Jedoch hat der Gesetzgeber diese Unsicherheit, die dem Vertragspartner des Minderjährigen durch § 110 BGB auferlegt wurde, an ähnlicher Stelle ausdrücklich in Kauf genommen: Falls der gesetzliche Vertreter dem schuldrechtlichen Vertrag zustimmt (§§ 107, 108) und er die Zustimmung gegenüber dem Minderjährigen erklärt, bleibt dem Vertragspartner verborgen, wie weit die Zustimmung reicht. Somit ist auch im Falle des § 110 BGB unbeachtlich, ob der Vertragspartner des Minderjährigen weiß, zu welchem Zweck die Mittel überlassen wurden.

Ferner ist zu prüfen, ob gemäß § 110 BGB nur solche Verträge wirksam werden, die mit dem E r z i e h u n g s z w e c k v e r e i n b a r sind und die verkehrsüblich sind. Zwar kann dieses Problem auch bei der "Überlassung zu diesem Zweck", § 110 1. Alternative, auftreten. Doch wird es bedeutend häufiger bei der "Überlassung zur freien Verfügung" auftauchen. Deshalb soll es dort zusammenfassend erörtert werden²⁾.

1) Seite 14 Fußnote 1.

2) Vergleiche die Ausführungen auf Seite 60 ff.

II. Wird der schwebend unwirksame Vertrag deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm durch die "Überlassung zur freien Verfügung" (§ 110 2. Alternative BGB) zugestimmt hat, oder deshalb, weil die Leistungsbewirkung den Vertrag heilt?

1. Liegt in der Überlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag?

Hier ist zunächst zu prüfen, ob der gesetzliche Vertreter nicht dadurch dem schuldrechtlichen Vertrag des Minderjährigen zugestimmt, daß er ihm Mittel "zur freien Verfügung" (§ 110 2. Alternative) überläßt.

Gegen diese Interpretation spricht vor allem die wörtliche Auslegung. Denn der Vertrag muß "ohne Zustimmung" geschlossen sein. Diese Frage wurde bereits¹⁾ erörtert. Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden, da sie bei der Überlassung zur freien Verfügung in gleichem Maße gelten.

Kann denn die Überlassung "zur freien Verfügung" überhaupt eine "Zustimmung" zum schuldrechtlichen Vertrag im Sinne des § 107 BGB enthalten? Die entscheidende Frage lautet: Erfüllt die Überlassung zur freien Verfügung gemäß § 110 diejenigen Voraussetzungen, die nötig sind, damit eine wirksame Zustimmung im Sinne des § 107 vorliegt? Da die Zustimmung eine Willenserklärung enthält, muß auch die Überlassung zur freien Verfügung alle Voraussetzungen einer Willenserklärung erfüllen.

Eine unanfechtbare Willenserklärung verlangt nach heute "herrschender Meinung"²⁾ neben dem Handlungswillen einen Erklärungs- und Geschäftswillen. Ein Handlungswille ist bei der Mittelüberlassung zweifellos zu bejahen, da der gesetzliche Vertreter weiß, daß er eine Überlassung vornimmt. Zweifelhaft ist die

1) Vergleiche oben Seite 29 ff.

2) Medicus, § 6 II; Flume, Seite 46 ff; Wolf, Lehrbuch zum BGB, AT, § 12, Seite 234; Lange-Köhler, BGB, AT, § 39 III.

Existenz eines Erklärungsbewusstseins. Hier muß der Erklärungshandlung tragende Wille darauf abzielen, daß etwas rechtlich Relevantes erklärt wird. Ist der Wille des gesetzlichen Vertreters tatsächlich darauf gerichtet, daß der Minderjährige ein Rechtsgeschäft vornimmt? Der Minderjährige hat zwar die Möglichkeit, die Mittel auch im außerrechtsgeschäftlichen Bereich zu verwenden, indem er sie zum Beispiel zu Hause aufbewahrt. Doch wird der gesetzliche Vertreter mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß die Mittel auch rechtsgeschäftlich verwendet werden. Das Erklärungsbewußtsein ist somit zu bejahen¹⁾.

Für eine fehlerfreie Willenserklärung ist ferner ein Geschäftswille erforderlich. Das ist die auf einen bestimmten wirtschaftlichen, rechtlich gesicherten Erfolg gerichtete Absicht²⁾. Da der gesetzliche Vertreter die Mittel zur "freien Verfügung" überläßt, er also die Freiheit des Abschlusses und Inhalts gerade dem Minderjährigen überträgt, bildet er sich keinen konkreten Willen. Er will keinen bestimmten Geschäftstypus. Man könnte zwar einwenden, mit der freien Überlassung werde jedes Geschäft gebilligt. Da sich aber viele Geschäftstypen gegenseitig ausschließen (wer kaufen will, will weder die durch eine Miete erzielten Rechtsfolgen, noch will er verschenken), gibt es keinen generellen Willen, ein jedes Geschäft zu billigen. Vielmehr ist eine hinreichende Spezifizierung nötig. Denn das Gesetz knüpft die Rechtsfolgen unmittelbar an eine oder mehrere Willenserklärungen, so daß diese - ex definitione - einen gewissen Bestimmtheitsgrad in sich tragen müssen. Diese Bestimmtheit fehlt aber bei einer "Willenserklärung", alles und jedes zu wollen. Bei der "Überlassung zur freien Verfügung" ist es sogar unmöglich, daß ein bestimmter, genau konkretisierter Geschäftswille vorliegt, denn dann wären die Mittel ja nicht mehr "zur freien Verfügung" überlassen.

Daß der Geschäftswille fehlt, ist dem gesetzlichen Vertreter bewußt. Es liegt sogar in seiner Absicht, den Minderjährigen keinen - von ihm errichteten - Schranken zu unterwerfen. Dieses bewußte

1) Anderer Ansicht ist jedoch das LG Münster, NJW 64, 51.

2) Definition nach Lehmann-Hübner, § 24 IV, Seite 147.

Weglassen der Geschäftsabsicht führt nach der Überzeugenden Meinung von Lehmann - Hübner¹⁾ zur Nichtigkeit der Willenserklärung, soweit sie auf den schuldrechtlichen Vertrag gerichtet ist.

Somit ist festzuhalten: Schon aus dem Grunde, weil die "Überlassung zur freien Verfügung" **keine Willenserklärung** darstellt, kann sie **nicht als Zustimmung** zum schuldrechtlichen Vertrag ausgelegt werden.

Schließlich ist auf folgende Konsequenz hinzuweisen: Wer annimmt, daß mit der Überlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag erteilt wird, muß folglich auch den unbeschränkten Generalkonsens für zulässig halten. Denn die Mittel wurden ja zur **freien Verfügung** überlassen, also ohne jegliche Beschränkung. Daß der unbeschränkte Generalkonsens abzulehnen ist, wurde bereits erörtert²⁾. Diese Ablehnung muß auch für § 110 BGB gelten, denn auch hier könnte der Minderjährige fast jede Art von Vertrag schließen, er könnte sich nahezu unbegrenzt verpflichten. Die einzige Schranke in § 110, daß die Zustimmung nur so weit reicht, als noch Mittel vorhanden sind, das heißt der Minderjährige keine wirksamen Verträge mehr schließen kann, falls das überlassene Geld verbraucht ist, reicht nicht aus, um den Minderjährigen wirksam zu schützen. Denn eine besondere Gefährdung des Minderjährigen ergibt sich gerade aus der **Art** der Geschäfte. Nur durch eine **inhaltliche** Begrenzung des Generalkonsenses auf einen bestimmten Lebensbereich oder einen bestimmten Kreis von Geschäften können besonders risikofolle oder gefährliche Geschäfte ausgeschlossen werden.

Folglich kann die "Überlassung zur freien Verfügung" (§ 110, 2. Alternative BGB) keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

1) Lehmann-Hübner (§ 24 IV, Seite 147 ff) führen aus, daß das Gesetz zwei Fälle unterscheidet: Einerseits kann die Geschäftsabsicht schlechthin fehlen, mit der Folge, daß die Erklärung grundsätzlich nichtig ist (§§ 116 Satz 2, 117, 118 BGB). Andererseits kennt das Gesetz den Irrtum in der Geschäftsabsicht des Erklärenden. In diesem Falle ist die Erklärung nur anfechtbar (§§ 119 ff BGB). Wenn man dieser überzeugenden Unterscheidung von Lehmann-Hübner folgt, liegt im Falle des § 110 ein Fehlen der Geschäftsabsicht vor.

2) Vergleiche dazu Seite 14.

zum schuldrechtlichen Vertrag enthalten ¹⁾.

2. Heilt die Leistungsbewirkung den schuldrechtlichen Vertrag?

Ebenso wie die erste Alternative des § 110 könnte man auch in der zweiten Alternative, in der "Überlassung zur freien Verfügung" einen Heilungstatbestand erblicken. Der schwebend unwirksame schuldrechtliche Vertrag könnte deshalb wirksam werden, weil der Minderjährige seine Leistung erbracht hat.

a. Dazu ist erforderlich, daß der **Erfüllungsakt selbst wirksam** ist. Dies ist nach den §§ 107, 108 BGB zu beurteilen. Wie oben bereits erörtert, ist der Erfüllungsakt in gewissen Fällen auch ohne **Zustimmung** des gesetzlichen Vertreters wirksam. Der Erfüllungsakt ist zustimmungsfrei, falls dieser aus einem Realakt besteht, zum Beispiel wenn der Minderjährige eine bestimmte Tätigkeit erbringt.

Ferner bedarf der Erfüllungsakt keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, wenn der Minderjährige über **fremde Sachen** oder Rechte verfügt. Dann erleidet er durch die Verfügung keinen rechtlichen Nachteil, das Geschäft ist für ihn rechtlich neutral ²⁾. In diesem Fall ist jedoch grundsätzlich die **Zustimmung gemäß § 185 BGB** erforderlich. Diese Zustimmung (im Sinne des § 185), die der gesetzliche Vertreter erteilen muß, falls er als Rechtsinhaber die Mittel dem Minderjährigen überläßt, liegt auch konkludent in der "Überlassung zur freien Verfügung". Denn der gesetzliche Vertreter bekundet mit der Überlassung, daß der Minderjährige mit den Mitteln nach seinen Belieben verfahren darf. Somit ist der äußere Erklärungsstatbestand für die Zustimmung im Sinne des § 185 gegeben.

1) So auch Pawlowski, JuS 67, 302 ff (303): "Wenn der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen den Führerschein beläßt, so kann man dann noch keine Zustimmung zu einer Kraftfahrzeuganmietung sehen, da es an der erforderlichen Bestimmtheit fehlt." Genauer zu dieser Frage auf Seite 113. Auch Schulz, ZfV 61, 488 weist auf die Notwendigkeit der Bestimmtheit einer Zustimmung hin.

2) Vergleiche dazu die Ausführungen auf Seite 39 ff.

Ferner liegt der subjektive Erklärungstatbestand vor, denn der Überlassende ist sich bewusst, daß der Minderjährige über die übergebenden Mittel verfügt. Folglich stimmt der gesetzliche Vertreter der Verfügung durch den Minderjährigen gemäß § 185 BGB zu.

Aber auch wenn die Zustimmung im Sinne des § 185 BGB fehlen sollte, kann die Verfügung nach den jeweiligen Gutglaubensvorschriften, zum Beispiel den § 932 ff für die Verfügung über bewegliche Sachen, wirksam sein ¹⁾.

Die Z u s t i m m u n g des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB ist für das d i n g l i c h e Geschäft dann nötig, wenn dieses Nachteile mit sich bringen kann, zum Beispiel in Fällen, in denen der Minderjährige über Geld verfügt. Diese Zustimmung könnte konkludent in der "Überlassung zur freien Verfügung" liegen. Der äußere Erklärungstatbestand ist jedenfalls gegeben. Denn für den Rechtsverkehr ist erkennbar, daß der gesetzliche Vertreter mit der Verfügung einverstanden ist, wenn er Mittel zur freien Verfügung überläßt.

Problematischer ist dagegen, ob der i n n e r e Erklärungstatbestand für eine Zustimmung zum dinglichen Rechtsgeschäft erfüllt ist. Der gesetzliche Vertreter hat zweifellos einen Handlungs- und Erklärungswillen, da er sich der Überlassung bewußt ist und er zumindest damit rechnen muß, daß der Minderjährige die überlassenen Gegenstände veräußert.

Ferner muß der gesetzliche Vertreter einen G e s c h ä f t s - w i l l e n haben, das heißt er muß die konkrete Verfügung des Minderjährigen billigen. Zwar ist der Begriff "freie Verfügung" gemäß § 110 BGB nicht identisch mit dem juristischen Terminus "Verfügung". Letzterer ist enger, denn darunter fallen nur Rechtsgeschäfte, die unmittelbar auf den Bestand des Rechts einwirken, indem das Recht aufgehoben, belastet, geändert oder übertragen wird ²⁾. Unter "freie Verfügung" im Sinne des § 110 BGB fällt

1) Die Ausführungen von Seite 40 ff gelten auch hier.

2) Flume, § 11 Abschnitt 5; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 ff Rdn. 63; Planck-Flad, Vorbemerkung vor § 104 ff, VII, 4; Palandt, Überblick vor § 104 Anm. 3 d.

dagegen jegliche Verwendung der Mittel, gleichgültig ob auf ein Recht in der oben bezeichneten Weise eingewirkt wird. Wenn der Minderjährige zum Beispiel einen Gegenstand vermietet, so liegt zwar keine "Verfügung" im strengen Sinne vor, da der Minderjährige das Eigentum nicht belastet oder verliert. Dennoch ist eine "Verfügung" im Sinne des § 110 gegeben, weil der Minderjährige die Mittel in einer bestimmten Weise verwendet. Folglich ist dieser weite, der Umgangssprache entnommene Begriff "Überlassung zur freien Verfügung" im Sinne des § 110 als Überlassung zu r f r e i e n V e r w e n d u n g zu verstehen.

Obwohl der Gesetzeswortlaut insofern ungenau ist, kann man von einem Willen des gesetzlichen Vertreters ausgehen, dem d i n g - l i c h e n Rechtsgeschäft des Minderjährigen zuzustimmen. Dieser Geschäftswille ist definiert als A b s i c h t , die auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erfolg gerichtet ist ¹⁾. Eine solche Absicht hat der gesetzliche Vertreter, denn er weiß, welche Art von Mitteln (zum Beispiel Geld oder Sachleistungen) und in welcher Höhe sie der Minderjährige ausgeben kann.

Damit liegt in der Überlassung "zur freien Verfügung" eine Z u s t i m m u n g des gesetzlichen Vertreters zum d i n g - l i c h e n Vertrag. Der E r f ü l l u n g s a k t ist also gemäß § 107, 108 BGB w i r k s a m .

b. Zweifelhaft ist, ob ein wirksamer Erfüllungsakt allein ausreicht, um die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages gemäß § 110 BGB herbeizuführen. Daneben könnte ein E r f ü l l u n g s - z w e c k , beziehungsweise eine erfüllungsrechtliche Zweckvereinbarung, beziehungsweise ein Zuordnungsvertrag erforderlich sein.

Zunächst stellt sich die Frage, ob ein derartiges subjektives Element nötig ist, um die Rechtsfolge des § 110 BGB herbeizuführen. Denn in der 2. Alternative des § 110 BGB ist von dem Erfüllungszweck nicht die Rede. Die Vorschrift verlangt zwar die "Leistung" durch den Minderjährigen. Da diese als bewußte und zweck-

1) Vergleiche Seite 53, insbesondere Fußnote 2.

gerichtete Zuwendung definiert ist, muß auch hier eine Zwecksetzung erfolgen. Diese Zwecksetzung ist aber eine "natürliche" und deshalb vom Minderjährigen erbringbar ¹⁾. Um diese geht es hier nicht ²⁾, vielmehr dreht sich die Frage um die Notwendigkeit einer erfüllungsrechtlichen Zwecksetzung. Nach dem Sinn und Zweck des § 110 will diese Norm den Minderjährigen nur dann und nur soweit verpflichten, als er die Mittel noch hat. Die Norm will eine Verpflichtung vermeiden, die der Minderjährige nicht erfüllen kann. Deshalb soll nach § 110 die Verpflichtung des Minderjährigen nur dann eintreten, wenn die Verpflichtung durch die Erfüllung sofort wieder wegfällt. Um dies zu erreichen, müssen für § 110 a l l e die Voraussetzungen verlangt werden, welche zum Erlöschen erforderlich sind. Hält man also eine Zwecksetzung notwendig für die wirksame E r f ü l l u n g , so ist sie a u c h für § 110 unentbehrlich.

Dazu werden in der Literatur verschiedene Meinungen vertreten. Sowohl die Vertragstheorie ³⁾ als auch Ehmanns Zweckvereinbarungstheorie ⁴⁾ als auch Rother's Koordinationstheorie ⁵⁾ verlangen eine Zweckbestimmung, die durch den gesetzlichen Vertreter erfolgt oder bei der er zumindest durch seine Zustimmung mitwirken muß. Dagegen erachtet die Theorie der realen Leistungsbewirkung ⁶⁾ die objektive Leistung eines Minderjährigen als ausreichend. Das Problem der Empfangszuständigkeit ⁷⁾ spielt nicht herein, denn es betrifft den umgekehrten Fall, daß der Leistungsempfänger beschränkt geschäftsfähig ist. Auf diese Gegenleistung, die der Minderjährige erhalten soll, stellt § 110 BGB indessen nicht ab.

Bei § 110 BGB ist eine erfüllungsrechtliche Z w e c k b e -

1) Ehmann, NJW 69, 400, insbesondere Fußnote 19; Medicus, § 27 I.

2) Die bereicherungsrechtliche Zwecksetzung wird auch von den Vertretern der Theorie der realen Leistungsbewirkung (zum Beispiel Larenz, SchR I, § 18 I) anerkannt (derselbe SchR II, § 68 I).

3) Enneccerus-Lehmann, § 60 II 2 und 3; Palandt, § 362 Anmerkung 1.

4) Ehmann, JZ 68, 549 und NJW 69, 1833.

5) Rother, AcP 169, 30.

6) Larenz, SchR Bd. I, § 18 I 4 mwN.

7) Larenz, SchR Bd. I, § 18 I 4.

s t i m m u n g n o t w e n d i g . Sie stellt die einzige Verbindung des Vollzugsgeschäfts mit dem schuldrechtlichen Vertrag dar. Wenn der gesetzliche Vertreter schon am schuldrechtlichen Vertrag nicht beteiligt ist, muß er zumindest bei der Zuordnung des Erfüllungsaktes zum schuldrechtlichen Vertrag mitwirken. Außerdem läßt die 1. Alternative des § 110 BGB einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers erkennen: Wenn in der 2. Alternative des § 110 von der "Überlassung zur freien Verfügung" die Rede ist, so sollte damit nur klargestellt werden, daß auch eine Überlassung zu dem Zweck, j e d e n Vertrag zu erfüllen, möglich ist.

Wenn demnach eine Tilgungsbestimmung notwendig ist, muß geprüft werden, ob diese konkludent in der "Überlassung zur freien Verfügung" liegt. Gleichgültig ob man in der Tilgungsbestimmung eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung ¹⁾ oder ein Rechtsgeschäft ²⁾ sieht oder ob man verlangt, daß der Zuordnungsvertrag durch den gesetzlichen Vertreter ³⁾ geschlossen wird, in allen Fällen ist ein entsprechender Wille des gesetzlichen Vertreters nötig. Wenn dieser j e d e Verwendungsart billigt, dann ist er auch damit einverstanden, daß die überlassene Sache z u r E r f ü l - l u n g verwandt wird.

Z u s a m m e n f a s s e n d sind folgende Voraussetzungen für § 110 2. Alternative BGB festzuhalten: Es muß ein vollwirksames dingliches Geschäft auf seiten des Minderjährigen vorliegen. Ist dieses Geschäft nachteilig, so ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum dinglichen Vertrag nötig. Ferner muß eine erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung vom gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden. Diese sowie die Zustimmung, die bei nachteiligen Erfüllungsgeschäften gemäß § 107 BGB erforderlich ist, liegen konkludent in der Überlassung zur freien Verfügung.

1) Beuthin, Seite 291.

2) Larenz, SchR Bd I. § 18 I 4.

3) Rother, aaO.

3. Die Grenzen der "Überlassung"

Wenn das Gesetz in § 110 eine "Überlassung zur freien Verfügung" vorsieht, so heißt das noch nicht, daß der Minderjährige mit den überlassenen Mitteln jedes beliebige Geschäft tätigen kann. Vielmehr muß er die allgemein verbindlichen Grenzen und Schranken beachten. Zunächst sind dies die g e s e t z l i c h e n Schranken. Der Vertrag des Minderjährigen darf weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen. Ferner sind die §§ 1644 und 1824 BGB zu beachten. In der letztgenannten Norm ist die Genehmigungspflicht durch das Vormundschaftsgericht festgelegt, um eine Umgehung der §§ 1643, 1812 ff, 1819 ff zu vermeiden.

Zu prüfen ist ferner, ob neben den Schranken, die im Gesetz festgelegt sind, auch solche Grenzen relevant sind, die sich a u s d e r E r k l ä r u n g selbst ergeben. Bedeutet also die Überlassung zur freien Verfügung, daß der Minderjährige damit alles tun kann, also auch unvernünftige oder willkürliche Geschäfte schließen kann? Oder trägt die Überlassung zur freien Verfügung eine mehr oder weniger weitgehende Beschränkung in sich? Und ferner: Hat der Dritte, mit dem der Minderjährige den Vertrag schließt, diese v o m g e s e t z l i c h e n V e r t r e t e r gesetzten Schranken zu beachten?

Auch dieses Problem taucht im sogenannten Losfall des Reichsgerichts¹⁾ auf: Ein Minderjähriger, der von seinem Taschengeld ein Los kauft und hierbei einen Lotteriegewinn von 4000,-- DM erzielt, kauft damit ein Kraftfahrzeug. Ist nun der Vertrag nach § 110 2. Alternative wirksam, obwohl der Minderjährige noch Schüler ist, obwohl die gesetzlichen Vertreter in "einfachen Verhältnissen" leben?

Das Reichsgericht, das in § 110 einen Fall der Einwilligung sieht, nimmt hierzu folgendermaßen Stellung:

"Dafür, wie weit die Einwilligung reicht, ist erstens maßgebend das Gesetz ... Zum anderen aber auch der Inhalt

1) Siehe oben Seite 23 ff.

der Erklärung selbst, die, wie jede Willenserklärung, eine ... mehr oder minder weitgehende Beschränkung in sich tragen."

In dem konkreten Fall schließt das Reichsgericht aus den Umständen, daß der Vater in einfachen Verhältnissen lebt, daß der Minderjährige noch Schüler und daß der Kraftfahrzeugbetrieb kostspielig und sittlich gefährlich ist, auf die beschränkte Tragweite der elterlichen Zustimmung. Diese Schlußfolgerung des Reichsgerichts ist jedoch abzulehnen. Wenn der gesetzliche Vertreter Mittel zur freien Verfügung überläßt, will er nach dem allgemeinen Sprachgebrauch **k e i n e** Schranken errichten. Das Reichsgericht unterstellt dem gesetzlichen Vertreter den Willen, er wäre mit diesem Geschäft nicht einverstanden gewesen. Der gesetzliche Vertreter war aber zum Zeitpunkt der Überlassung mit jedem Geschäft einverstanden. Mit den Regeln über die Auslegung von Willenserklärung ist die Ansicht des Reichsgerichts nicht mehr vereinbar.

Im Ergebnis ist jedoch dem Reichsgericht zuzustimmen. Nicht jedes Geschäft, das der Minderjährige mit zur freien Verfügung überlassenen Mitteln erfüllt, darf wirksam sein, vor allem dann nicht, wenn es unvernünftig oder willkürlich ist oder gar gesundheits-schädliche Wirkungen für ihn hat. Verträge über Rauschgift oder Waffen müssen - abgesehen von § 134 und 138 BGB - auch aus dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes ungültig sein.

Insbesondere müssen Verträge, die gemäß § 110 2. Alternative wirksam werden, **v e r k e h r s ü b l i c h** sein. Diese Schranke der "Verkehrsüblichkeit des Vertrags" wird beim Generalkonsens gejaht¹⁾. Dazu hatte das Landgericht Mönchengladbach²⁾ folgenden Fall zu entscheiden: Ein Minderjähriger löste auf der Krimes eine Eintrittskarte zur Motorrollerbahn mit Mitteln, die ihm zur freien Verfügung überlassen wurden. Die Bahnbenutzung erfolgte "auf eigene Gefahr". Dabei verunglückte der Minder-

1) Staudinger, § 107 Rdn. 3; RGRK, § 107 Anmerkung 3 mwN.

2) Landgericht Mönchengladbach, VersR 55, 429. Auch Weimar, JR 66, 91 verlangt neben der Verkehrsüblichkeit des Haftungsausschlusses, daß dieser dem gesetzlichen Vertreter bekannt ist.

jährige. Das Landgericht lehnte die Wirksamkeit dieses Haftungsausschusses in Fortführung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁾ ab, da der Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs, den § 110 begründe, nur insoweit gelte, als der Vertragspartner den Minderjährigen auch unter normalen Umständen ermächtigt ansehen könne.

Es ist heute allgemein anerkannt²⁾, daß auch dann, wenn der gesetzliche Vertreter einen Generalkonsens erteilt hat, vom Minderjährigen nur verkehrsübliche Verträge vereinbart werden können. Auch wenn man in § 110 keine Zustimmung erblickt, muß die Schranke der Verkehrsüblichkeit ebenso bei § 110 gelten, da § 110 keinen Freibrief für unübliche, meist auch unseriös und für den Minderjährigen nachteilige Geschäfte ausstellen will.

4. Fragen der Abgrenzung

a. Die Frage, wie die beiden ersten Alternativen, das heißt die "Überlassung zu diesem Zweck" und die "Überlassung zur freien Verfügung", gegeneinander abzugrenzen sind, wurde bereits mit der Auslegung der 2. Alternative entschieden: Folgt man der hier vertretenen Meinung³⁾, daß bei der "Überlassung zur freien Verfügung" keine anderen Grenzen zu beachten sind, als die im Gesetz festgelegten und die allgemeinen Schranken (zum Beispiel die Verkehrsüblichkeit), so ergibt sich folgendes: Eine "Überlassung zur freien Verfügung" liegt nur dann vor, wenn der gesetzliche Vertreter keine bestimmte Zwecksetzung vorgenommen hat. Der gesetzliche Vertreter darf also, damit § 110 2. Alternative erfüllt ist, weder eine positive Anordnung, zum Beispiel die Mittel zur Erfüllung eines bestimmten Vertrags zu verwenden, noch darf er eine negative Anordnung treffen. Überläßt der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Geld

1) RG 74, 235.

2) Beuthin DAR 61, 332.

3) Vergleiche dazu auch Seite 60.

zu seiner Verfügung mit der Maßgabe, keine Zigaretten zu kaufen ¹⁾, so liegt eben keine "Überlassung zur freien Verfügung" im Sinne des § 110 2. Alternative BGB vor ²⁾, sondern allenfalls die 1. Alternative des § 110. Denn das Vermögenssorgerecht der Eltern verlangt, daß ein geäußelter Wille respektiert wird.

b. Ferner ist das V e r h ä l t n i s der "Überlassung zur freien Verfügung" zu der Z u s t i m m u n g im Sinne des § 107 zu durchleuchten. Hierzu dient folgendes Beispiel ³⁾: Ein Minderjähriger kauft von seinem Taschengeld von wöchentlich 20,-- DM einen teuren Fotoapparat für 400,-- DM auf Raten. Fraglich ist, ob und nach welchen Vorschriften der schuldrechtliche Vertrag wirksam ist. Darin, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen das Taschengeld überläßt, kann wegen der langen Dauer der Verpflichtung und auch deswegen, weil dann ein unbegrenzter und deshalb unzulässiger Generalkonsens vorläge, keine Einwilligung zum schuldrechtlichen Vertrag gemäß § 107 gesehen werden. Deshalb könnte der Vertrag nur nach § 110 wirksam werden. Dieses Beispiel zeigt, daß der gesetzliche Vertreter folgende Möglichkeiten hat: Will er das rechtswirksame Handeln des Minderjährigen auf einen sachlich abgegrenzten Raum beschränken, zum Beispiel für das Studium oder für einen Bücherkauf, so wird er eine Zustimmung gemäß §§ 107, 108 BGB erteilen, sei es einen Spezial- oder Generalkonsens. Der Vertrag des Minderjährigen ist dann wirksam, wenn er innerhalb der gesteckten Grenzen bleibt. Falls der gesetzliche Vertreter dagegen, wie im obigen Fall, keinen Handlungsbereich festlegen will, so hat er die Möglichkeit, die Mittel "zur freien Verfügung" im Sinne des § 110 2. Alternative zu überlassen. Es ist also durch Auslegung zu ermitteln, welches der beiden Rechtsinstitute nun vorliegt. Dies richtet sich allein nach dem erkennbaren Willen des gesetzlichen Vertreters.

1) Vergleiche dazu auch Seite 50.

2) Staudinger-Riezler, 10. Auflage, § 110 Rdn. 7.

3) Larenz, AT, Seiten 91 und 92.

Als weiteres Abgrenzungsbeispiel dient folgender Fall: Ein Minderjähriger hat ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters hohe Schulden gemacht, zum Beispiel ein umfangreiches Darlehen aufgenommen. Der Vertrag ist deshalb schwebend unwirksam. Wenn nun der gesetzliche Vertreter erst nachträglich von diesem Geschäft erfährt, wird er die Eigenmächtigkeit des Sohnes mißbilligen und dem Vertrag die Zustimmung versagen. Gleichwohl kann er dem Sohn die Mittel überlassen, um die Schulden zu tilgen. Der Vertrag wird nach § 110 BGB mit der Tilgung wirksam.

Fischer war nur von Fällen die Rede, in denen entweder §§ 107, 108 BGB oder § 110 vorlag. Es ist durchaus möglich, daß beide Regeln, § 107 einerseits und § 110 andererseits, zusammen treffen. So kann neben der Mittelüberlassung "zur freien Verfügung" ein begrenzter Generalkonsens erteilt werden. Dazu folgender Fall: Der gesetzliche Vertreter überweist jeden Monat einen festen Geldbetrag an seinen Sohn, der in einer anderen Stadt zur Schule geht. Hier wird sowohl ein für den Schulbesuch begrenzter Generalkonsens der Eltern als auch eine Mittelüberlassung "zur freien Verfügung" in gewisser Höhe vorliegen. Kauft der Minderjährige zum Beispiel ein notwendiges Schulbuch, so ist der Kauf bereits vom Generalkonsens gedeckt. Verbraucht er einen Teil des Geldes zu Zwecken, die mit der Schule in keinem Zusammenhang stehen (zum Beispiel Kino- und Theaterbesuch, Schallplatten), sind diese Verträge des Minderjährigen gemäß § 110 BGB wirksam, da anzunehmen ist, daß der gesetzliche Vertreter auch einen gewissen Betrag "zur freien Verfügung" überlassen hat.

Eine Abgrenzung der Überlassung im Sinne des § 110 von der Ermächtigung im Sinne des § 113 ist dann nötig, wenn man die Arbeitskraft des Minderjährigen als "ihm überlassenes Mittel" ansieht. Diese Frage soll aber gesondert behandelt werden¹⁾.

Die Gemeinsamkeiten des § 110 BGB mit den Heilungsvorschriften in § 313 Satz 2, 518 Absatz II, 766 Satz 2 und die Unterschiede zu diesen Normen wurden bereits dargelegt²⁾.

1) Dazu auf Seite 104 ff.

2) Vergleiche hierzu die Ausführungen auf Seite 35 ff.

III. Wird der schwebend unwirksame Vertrag deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm durch seine "Zustimmung zur Mittelüberlassung durch Dritte" (§ 110 3. Alternative BGB) zugestimmt hat, oder deshalb, weil die Leistungsbewirkung den Vertrag heilt?

Bisher wurden nur die Fälle betrachtet, in denen allein der gesetzliche Vertreter Mittel an den Minderjährigen überließ. Das Gesetz sieht aber auch den Fall vor, daß dies d u r c h e i - n e n D r i t t e n geschieht, § 110 3. Alternative BGB. Meistens werden es Verwandte oder Bekannte sein, die die Mittel¹⁾ überlassen, vor allem wenn es sich um Geld handelt. Häufig liegt eine einmalige Überlassung vor, zum Beispiel die Geldübergabe an den Minderjährigen, damit er sich ein Buch kauft. Möglich ist aber auch, daß fortlaufend Mittel überlassen werden, zum Beispiel wenn ein Verwandter laufend Geld übersendet, um so das Studium des Minderjährigen zu finanzieren. Dabei kann der Dritte die Mittel "zu diesem Zweck" oder aber auch "zur freien Verfügung" überlassen.

Wenn ein Dritter dem Minderjährigen Mittel überläßt, damit dieser sie verwendet, so sind hierbei zwei Geschäfte zu unterscheiden: Einerseits gibt es die Geschäfte, in denen der Minderjährige die Mittel e r w i r b t. Hierfür ist § 110 nicht einschlägig. Vielmehr richtet sich diese Frage allein nach § 107 BGB. Soweit das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich vorteilhaft ist, bedarf er keiner Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Was das schuldrechtliche Geschäft betrifft, so sind insbesondere Schenkungsverträge lediglich rechtlich vorteilhaft. Was den dinglichen Erwerbstatbestand anlangt, so ist dieser in der Regel rechtlich vorteilhaft, so zum Beispiel die Erlangung des Eigentums an dem überlassenen Geld.

Von diesen Rechtsgeschäften, durch die der Minderjährige die

1) Was unter dem Begriff "Mittel" zu verstehen ist, wird auf Seite 72 ff erörtert.

Mittel erwirbt (zum Beispiel den Bezug des Taschengeldes) sind diejenigen zu unterscheiden, durch die er die überlassenen Mittel " v e r b r a u c h t " , also die Verwendung des Taschengeldes. Damit ist sowohl das schuldrechtliche Geschäft gemeint, bei dem sich der Minderjährige verpflichtet, über die Mittel weiterzuverfügen, als auch das Verfügungsgeschäft selbst. Allein diese "Weiterverfügung" über die Mittel (im weiten Sinne) behandelt § 110 BGB.

1. Liegt in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Mittelüberlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag?

Auch hier könnte wieder die Meinung vertreten werden, der schuldrechtliche Vertrag sei schon deshalb wirksam, weil der gesetzliche Vertreter ihm zugestimmt hat. Liegt also in der Zustimmung zur Mittelüberlassung zugleich eine konkludente Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag? Gegen eine derartige Auslegung spricht bereits der Wortlaut des § 110. Nach der gesetzlichen Formulierung bezieht sich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht auf den schuldrechtlichen Vertrag wie bei §§ 107, 108, sondern auf die Mittelüberlassung des Dritten. Ferner spricht folgende Stelle aus den Motiven¹⁾ dagegen, daß die Zustimmung im Sinne des § 110 3. Alternative identisch ist mit der Zustimmung im Sinne des § 107, 108 BGB:

"Der Fall, daß einem Minderjährigen nicht von seinem gesetzlichen Vertreter, wohl aber von einem Dritten Vermögensstücke ... überwiesen wurden, entspricht einem realen Verhältnis, das Berücksichtigung und besondere Hervorhebung verdient."

Der historische Gesetzgeber wollte also die Mittelüberlassung durch einen Dritten rechtlich ebenso behandeln wie die Mittelüberlassung durch den gesetzlichen Vertreter. Folglich setzt auch die 3. Alternative des § 110 BGB voraus, daß der gesetzliche Vertreter dem schuldrechtlichen Vertrag nicht zugestimmt hat.

1) Mugdan, Motive zum BGB, Seite 684.

2. Heilt die Leistungsbewirkung den schuldrechtlichen Vertrag?

Die Schwierigkeiten bei der Einordnung dieser Alternative des § 110 BGB kommen daher, daß auf seiten des Minderjährigen drei Personen auftreten: er selbst, der gesetzliche Vertreter und der Dritte. Geht man aufgrund der Protokolle davon aus, daß der historische Gesetzgeber mit dieser Variante des § 110 BGB rechtlich keinen neuen Tatbestand schaffen wollte, so liegt es nahe, auch hier einen Tatbestand anzunehmen, in dem der schwebend unwirksame schuldrechtliche Vertrag durch die Erfüllung des Jugendlichen g e h e i l t wird. Hierfür ist eine vollwirksame Erfüllung durch den Minderjährigen erforderlich.

a) Die W i r k s a m k e i t der Erfüllung ist immer dann problematisch, wenn sie in einem Rechtsgeschäft besteht. Denn in manchen Fällen muß der gesetzliche Vertreter und beziehungsweise oder der Dritte mitwirken. Überträgt man die bereits gewonnene Auslegung¹⁾ des Begriffs "Überlassung" auch auf diese Alternative des § 110 BGB, so sind folgende Fallgestaltungen denkbar:

Zum einen ist es möglich, daß der Dritte die Mittel o h n e Ü b e r e i g n u n g dem Minderjährigen überläßt. Dann ist die Weiterverfügung des Minderjährigen zustimmungsfrei gemäß § 107 BGB, denn das Geschäft ist rechtlich neutral²⁾. Wohl aber bedarf es der Zustimmung des Dritten gemäß § 185 BGB. Diese Zustimmung liegt konkludent in der Mittelüberlassung an den Minderjährigen. Sie kann auf einen bestimmten Kreis begrenzt sein (dann handelt es sich um eine Überlassung "zu einem bestimmten Zweck" im Sinne des § 110 3. Alternative in Verbindung mit der 1. Alternative) oder auch "zur freien Verfügung" erfolgen (§ 110 3. Alternative in Verbindung mit der 2. Alternative).

Die andere Fallgestaltung, daß die "Überlassung" des Dritten eine Ü b e r e i g n u n g a n d e n M i n d e r j ä h -

1) Vergleiche dazu Seite 39 ff.

2) Das Problem, ob der Besitzverlust einen rechtlichen Nachteil für den Minderjährigen bringt, wurde bereits auf Seite 41 erörtert.

r i g e n enthält, ist unproblematisch. Damit der Minderjährige über die Mittel weiterverfügen kann, bedarf er der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 107. Diese liegt konkludent darin, daß der gesetzliche Vertreter der Überlassung des Dritten zustimmt, wie es § 110 3. Alternative vorsieht.

Interessant ist aber folgende Fallgestaltung, in welcher der Verwendungszweck, den der Dritte vorsah, von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abweicht: Ein Verwandter überläßt einem Minderjährigen einen Betrag von 100,-- DM. Er übereignet diesen Betrag an den Minderjährigen mit der Maßgabe, daß er sich einen Plattenspieler kaufe. Der gesetzliche Vertreter erklärt dazu, er sei mit jeder Verwendungsart der Mittel einverstanden. Der Minderjährige kauft nun von diesem Geld keinen Plattenspieler, sondern Bücher.

Die dingliche Weiterverfügung ist hier wirksam, obwohl der Minderjährige die Mittel anders verwendet hat, als es der Dritte vorsah. Da der Dritte die Mittel an den Minderjährigen übereignete, ist zur Weiterverfügung die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nötig, aber auch ausreichend (§ 107 BGB). Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erlaubt hier j e d e Verfügung. Demnach ist die Verfügung des Minderjährigen gemäß § 107 wirksam. Da der gesetzliche Vertreter mit seiner Zustimmung billigt, daß die Mittel zur Erfüllung verwendet werden, liegt auch eine erfüllungsrechtliche Zwecksetzung vor. Folglich kann auch der schuldrechtliche Vertrag gemäß § 110 wirksam werden. Daß der Dritte einen anderen Verwendungszweck vorsah, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Ihm kommt nur interne Wirkung im Verhältnis zum Minderjährigen zu.

b) Sieht man auch in der 3. Alternative des § 110 einen Tatbestand, bei dem der schuldrechtliche Vertrag durch die wirksame Erfüllung geheilt wird, so ist eine e r f ü l l u n g s - r e c h t l i c h e Z w e c k b e s t i m m u n g durch den gesetzlichen Vertreter nötig. Diese liegt konkludent darin, daß der gesetzliche Vertreter der Mittelüberlassung des Dritten zustimmt. Die "Zustimmung" des gesetzlichen Vertreters im Sinne des § 110 darf sich nicht nur auf die Tatsache der Überlassung be-

ziehen. Vielmehr muß er die konkrete Zwecksetzung des Dritten, das heißt die Überlassung zu einem bestimmten Zweck oder zur freien Verfügung billigen.

3. Die Entgeltlichkeit der Überlassung

Bei der Mittelüberlassung durch einen Dritten stellt sich folgende Frage: Kann man nur dann von einer Mittelüberlassung des Dritten sprechen, wenn diese unentgeltlich erfolgt? Oder genügt die Tatsache, daß die Mittel von einer anderen Person als dem gesetzlichen Vertreter "überlassen" werden, gleichgültig ob die Überlassung gegen Entgelt erfolgte oder nicht?

Als Beispiel folgender Fall: Wenn ein minderjähriger Arbeitnehmer von seinem Lohn, den ihm der gesetzliche Vertreter zur freien Verfügung überließ, ein Radiogerät kauft, hat dann der gesetzliche Vertreter oder aber der **A r b e i t g e b e r** (als "Dritter" im Sinne des § 110) die Mittel überlassen¹⁾?

In der Literatur sind die Meinungen zu diesem Problem geteilt²⁾. Für eine extensive Auslegung des Begriffs "Überlassung" spricht sich Oertmann³⁾ aus:

"Trifft das zu (es wird Bezug genommen auf die Mittelüberlassung durch Dritte, Bemerkung des Verfassers), so kann die Überlassung von jeder beliebigen Person und aus jedem beliebigen Kausalverhältnis heraus erfolgt sein; Schenkungen ..., aber auch Entlohnungen für vom Minderjährigen geleisteten Dienste und sonstige Gegenleistungen aus einem anderweitigen (gültigen) Verträge des Minderjährigen. Allerdings muß auch bei der Gabe des Dritten die Zweckbeziehung vorliegen; aber es ist nicht einzusehen, warum sie nur gerade bei unentgeltlichen Zuwendungen an den

1) Vergleiche hierzu auch die Ausführungen auf Seite 108 ff.

2) Bruns, Seite 36, 37 verlangt eine unentgeltliche Überlassung durch den Dritten, während Ganske, RdJ 64, 209 den Begriff der "Überlassung" weit auslegt.

3) Oertmann, § 110 Anmerkung 3 b.

Minderjährigen vorhanden sein könne. Wer dem Minderjährigen zur Schulderfüllung etwas leistet, den geht die weitere Verwendung des Geleisteten am allerwenigsten etwas an, er wird die Leistung erst recht zur freien Verfügung des Empfängers stellen."

Diesen Ausführungen Oertmanns ist im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zu folgen. Es geht zu weit, in jeder Verfügung eine Überlassung "zur freien Verfügung" zu sehen. Regelmäßig überläßt der Dritte die Mittel nicht "zur freien Verfügung", sondern er macht sich gar keine Vorstellung von der Weiterverwendung der Mittel.

Ferner muß Oertmann unterstellen, daß mit der Übereignung an einen M i n d e r j ä h r i g e n eine Überlassung "zur freien Verfügung" erfolgt. Bei der Übereignung an einen G e - s c h ä f t s f ä h i g e n fehlt dagegen nach Oertmann eine derartige Bestimmung. Diese Unterscheidung ist aber sachlich nicht zu rechtfertigen.

Nach der hier vertretenen Auslegung des Begriffs "Überlassung" kommt es allein darauf an, daß dem Minderjährigen Eigentum übertragen oder Besitz verschafft wurde. Nicht entscheidend ist, worauf die Eigentumsübertragung beziehungsweise Besitzverschaffung beruht, insbesondere ist es gleichgültig, ob die Eigentumsübertragung beziehungsweise Besitzverschaffung gegen Entgelt erfolgt. Auf die Entgeltlichkeit der Überlassung darf auch deshalb nicht abgestellt werden, weil die Besitzverschaffung ein rechtsgrundunabhängiger Realakt ist und die Eigentumsübertragung ebenfalls vom Rechtsgrund losgelöst¹⁾ ist.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß eine "Mittelüberlassung durch einen Dritten" auch dann vorliegen kann, wenn sie gegen Entgelt erfolgt ist.

Z u s a m m e n f a s s e n d ist festzuhalten: Auch die 3. Alternative des § 110 BGB enthält einen Heilungstatbestand. Der

1) Vergleiche dazu Seite 39.

schwebend unwirksame Vertrag wird durch ein wirksames Erfüllungsgeschäft geheilt. Für die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts ist zu unterscheiden: Falls in der "Überlassung" des Dritten lediglich eine Besitzverschaffung (ohne Übereignung) liegt, wirkt die "Zweckbestimmung" des Dritten als Verfügungsermächtigung. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum dinglichen Geschäft ist in diesem Fall unnötig, denn der Minderjährige erlangt durch das dingliche Geschäft keine Nachteile. Falls die "Überlassung" jedoch eine Übereignung an den Minderjährigen enthält, ist für das spätere dingliche Geschäft die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nötig. Diese wird konkludent mit der "Zustimmung zur Überlassung" (im Sinne des § 110 3. Alternative) erteilt. Darin liegt auch die erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung.

Ohne Einfluß ist, ob der Dritte die Mittel gegen Entgelt oder unentgeltlich überlassen hat.

C WEITERE FRAGEN ZU § 110 BGB

1. Der Begriff der "Mittel"

Nach § 110 BGB muß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel überlassen. Meist handelt es sich dabei um Geldmittel. Das Geld kann als laufende Zuwendung gewährt werden. Als Beispiele sind das Taschengeld oder die laufende Unterstützung eines Minderjährigen, der außerhalb des Haushalts der Eltern lebt, und schließlich das Belassen des selbst verdienten Arbeitslohns¹⁾ aufzuzählen. Die Geldüberlassung kann auch eine einmalige sein, zum Beispiel wenn ein Verwandter dem Minderjährigen Geld zum Kauf eines Fahrrades überläßt.

Doch ist der Begriff der "Mittel" nicht zu eng zu ziehen, er beschränkt sich nicht nur auf die Geldüberlassung. Vielmehr können alle Sachen überlassen werden. Soweit besteht kein Zweifel. In der Literatur besteht aber Streit, ob auch *i m m a t e r i e l l e G e g e n s t ä n d e*, wie zum Beispiel Tätigkeiten²⁾, unter den Begriff der "Mittel" fallen. Streitig ist auch, ob einem Minderjährigen Forderungen³⁾ überlassen werden können (zum Beispiel ein Herausgabe- oder Zahlungsanspruch) und er durch Forderungsabtretung einen Vertrag erfüllen kann.

Will man auch Forderungen unter den Begriff der "Mittel" subsumieren, so scheint dies mit dem Wortlaut des § 110 BGB unvereinbar. Denn es ist bedenklich, von der "Überlassung" einer Forderung zu sprechen. Eine weitergehende Begründung findet sich in der Literatur nicht. Eine enge Auslegung ließe sich auch mit folgenden Gründen vertreten: Das Gesetz knüpft in § 110 BGB die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages an die Erfüllung.

1) Mugdan, Motive, I, Seite 148.

2) Diese Frage wird gesondert auf Seite 104 ff behandelt.

3) Für die Ausdehnung des Begriffs auch auf Forderungen sprechen sich aus: Duvernell, Seite 55; Palandt, § 110 Anmerkung 3. Dagegen: Staudinger, § 110 Anmerkung 5; Oertmann, § 110 Anmerkung 2 a; Bruns, Seite 23; Ploschke, Seite 24; Watzdorf, Seite 4.

Hat der Minderjährige eine Sache verkauft, so muß er, um den Vertrag gemäß § 110 wirksam zu machen, die Sache übereignen und dem Käufer in der Regel den unmittelbaren Besitz hieran verschaffen. Anders ist es, wenn er mit einer Forderung erfüllt: Der Verlust des Rechts wird ihm hier nicht so deutlich vor Augen geführt, da kein Besitzverlust stattfindet. Es besteht also die Gefahr, daß der Minderjährige leichtfertig über Forderungen verfügt. Deshalb, so könnte man folgern, fallen nur Sachen unter den Begriff der "Mittel".

Diese Argumentation ist jedoch aus drei Gründen unzutreffend: Hätte der historische Gesetzgeber gewollt, daß in § 110 nur mit "Sachen" erfüllt werden darf, so hätte er nicht den weiten Begriff "Mittel" verwandt. Weiterhin spricht § 1644 BGB, der an § 110 BGB anknüpft, zu Recht von "Gegenständen", worunter auch Forderungen fallen. Schließlich würde die enge Auslegung des Begriffs der "Mittel" den Minderjährigen unnötig behindern, wenn er eine Sache übereignen wollte. Falls er das Eigentum an einer Sache mittels Vindikationszession gemäß §§ 929, 931 BGB übertragen will, ersetzt die Abtretung des Herausgabeanspruchs die Übergabe der Sache. Würde man die enge Auslegung vertreten, wonach eine Erfüllung im Sinne des § 110 mit einer Forderung nicht möglich ist, so könnte er nicht nach § 929, 931 BGB übereignen. Auch aus diesem Grund ist es wünschenswert, daß auch Forderungen unter den Begriff der "Mittel" fallen¹⁾. Als Mittel kommen somit alle Vermögensgegenstände in Frage.

1) So auch OLG Stuttgart, FamRZ 69, 39 (40), ohne aber auf die Problematik einzugehen.

2. Die "vertragsmäßige" Leistung

Neben anderen Voraussetzungen verlangt § 110, daß der Minderjährige seine Leistung bewirkt. Dies allein genügt jedoch nicht, vielmehr muß die Leistung "vertragsmäßig" sein. Die Auslegung dieses Begriffs ist problematisch. Es stellen sich folgende Fragen: Ist die Leistung auch dann noch "vertragsmäßig", wenn der Minderjährige eine fehlerhafte Leistung bewirkt? Ist zum Beispiel der Kaufvertrag gemäß § 110 wirksam, wenn der Minderjährige ein Buch, das ihm zur freien Verfügung überlassen wurde, als neuwertiges verkauft, später aber ein stark beschädigtes Exemplar liefert? Wie ist die Rechtslage, wenn er eine ganz andere als die im Kaufvertrag vereinbarte Sache liefert?

In der Literatur ist strittig, wie der Begriff "vertragsmäßige Leistung" zu interpretieren ist. Hölder¹⁾ versteht hierunter eine ordnungsgemäße, nicht fehlerhafte Leistung. Ist die Leistung dagegen fehlerhaft, so erfüllt der Minderjährige nicht "vertragsmäßig", so daß der Vertrag nicht wirksam werden kann. Demgegenüber sieht die herrschende Lehre²⁾ auch fehlerhafte Leistungen als vertragsmäßige im Sinne des § 110 BGB an. Der letztgenannten Meinung ist zu folgen. Die weite Auslegung des Begriffs "Vertragsmäßigkeit" bringt zwar Gefahren mit sich. So ist der Minderjährige bei einer Schlechtleistung den Gewährleistungsansprüchen seines Vertragspartners ausgesetzt. Auch ist es nicht gerechtfertigt, den Minderjährigen bei Verträgen, die gemäß § 107 wirksam werden, den Gewährleistungsansprüchen zu unterwerfen, ihn dagegen bei einem Vertrag nach § 110 hiervon freizustellen. Ein solches Ergebnis wäre - so Oertmann³⁾ - rechtspolitisch anstößig. Der Sinn für die Verwendung des Wortes "vertragsmäßig" liegt in folgendem: Es soll vermieden werden, daß der Vertrag infolge der Lieferung einer a n d e r e n Sache wirksam wird. Hat ein Minderjähriger, dem vom gesetzlichen Vertreter zum Beispiel

1) Hölder, § 110 Bem. 1.

2) Oertmann, § 110 Anmerkung 5 a; Ploschke, Seite 21; Bruns, Seite 45; Duvernell, Seite 43; Colonius, Seite 50.

3) Oertmann aaO.

Bücher und Schallplatten zur freien Verfügung überlassen wurden, ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einen Vertrag über den Verkauf der Bücher geschlossen, liefert er aber dann die Schallplatten, so wird der schuldrechtliche Vertrag nicht wirksam¹⁾. Denn das schuldrechtlich (schwebend unwirksam) Vereinbarte ist mit dem Gelieferten objektiv nicht identisch. Demnach ist die Lieferung einer Aliudsache durch den Minderjährigen nicht als "vertragsgemäße" Leistung zu bezeichnen. Dagegen sind erfüllungsggeeignete Gegenstände als "vertragsgemäße" anzusehen, auch wenn sie fehlerhaft sind.

Diese Auslegung entspricht den Interessen der Parteien. Der Vertragspartner des Minderjährigen wird bei der Leistung mit erfüllungsggeeigneten Mitteln so gestellt, als läge ein Vertrag mit einem Geschäftsfähigen vor, insbesondere erhält er den Erfüllungsanspruch und Gewährleistungsansprüche. Er bekommt aber auch nicht mehr. Durch eine objektive Aliudlieferung, die ihm in der Regel auch ersichtlich ist, darf er nicht besser gestellt werden als wenn der Minderjährige gar nicht geleistet hätte. Der Minderjährige wird durch diese Auslegung sowohl vor der Verpflichtung, eine andere Sache zu liefern, als auch vor Schadensersatzpflichten wegen Nichterfüllung bewahrt. Dagegen darf ihn seine durch § 110 BGB gewährte Besserstellung nicht von Gewährleistungspflichten befreien. Wenn ihm das Gesetz einen weiteren Handlungsspielraum gewährt, muß er bei einer erfüllungsfähigen Leistung auch für die Mängel eintreten.

Es ist somit festzuhalten, daß die Leistung dann "vertragsmäßig" ist, wenn der von den Parteien vereinbarte Gegenstand geliefert wird, gleichgültig ob der Gegenstand fehlerfrei oder fehlerhaft ist. Nicht mehr "vertragsmäßig" ist die Leistung, wenn ein anderer Gegenstand als der vertraglich vereinbarte geliefert wird.

Diese Auslegung wirft aber sofort die nächsten Fragen auf: Wann ist nun die Leistung lediglich fehlerhaft und damit "vertragsmäßig" im Sinne des § 110 und wann liegt eine aliud-Leistung

1) Es wird unterstellt, daß kein Fall der Annahme der Leistung an Erfüllung Statt vorliegt; dazu auf Seite 78 ff.

(und damit eine vertragswidrige Leistung im Sinne des § 110) vor? Dieses Abgrenzungsproblem kann nicht pauschal erörtert werden. Vielmehr ist es danach zu differenzieren, ob ein Rechts- oder ein Sachmangel vorliegt.

Handelt es sich um einen **S a c h m a n g e l**, so ist die Abgrenzung zwischen Fehlerhaftigkeit und aliud zu prüfen. Dabei muß der Theorienstreit über den Fehlerbegriff bei § 459 BGB¹⁾ berücksichtigt werden. Der herrschende subjektive Fehlerbegriff, nach dem immer dann ein Fehler vorliegt, wenn die Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit nachteilig abweicht, ist auch für die Auslegung der Vertragsmäßigkeit der Leistung im Sinne des § 110 BGB geeignet. Dieser weite Fehlerbegriff hat im Gewährleistungsrecht die Aufgabe, die Unsicherheit bei der Abgrenzung der bloßen Fehlerhaftigkeit zum aliud zu vermeiden. Diese Schwierigkeit taucht auch bei § 110 auf und kann auch hier durch einen extensiven Fehlerbegriff behoben werden.

Der weite subjektive Fehlerbegriff ist auch mit dem Prinzip des Minderjährigenschutzes vereinbar. Denn die Gefahr, daß der Minderjährige zu einer Leistung verpflichtet wird, die er - aus welchen Gründen auch immer - nicht erbringen kann, besteht nicht. Nach § 110 wird der Vertrag erst wirksam, wenn er die Leistung bewirkt hat. Der Minderjährige muß, falls man dem extensiven Fehlerbegriff folgt, allenfalls Gewähr leisten gemäß § 459 ff - und davor will § 110 nicht schützen, ebensowenig wie die §§ 107, 108 dies verhindern wollen.

Haftet der Leistung des Minderjährigen ein **R e c h t s m a n g e l** an, so ergeben sich in aller Regel keine Zweifel, ob die Leistung vertragsmäßig ist. Trotz der Mängel ist das Geleistete identisch mit dem vertraglich Vereinbarten. Folglich liegt eine vertragsmäßige Leistung vor, der Vertrag wird gemäß § 110 wirksam. Wegen des Rechtsmangels hat der Minderjährige nach den besonderen Vorschriften des Schuldrechts, insbesondere nach § 440 BGB Gewähr zu leisten.

1) Eine Übersicht zu den Fehlerbegriffen findet sich bei Medicus, § 15 II und Fikentscher, § 70 II, Seite 375 ff.

Etwas anderes gilt, wenn folgender Spezialfall vorliegt: Besteht der Rechtsmangel darin, daß dem Minderjährigen die Rechtsinhaberschaft fehlt, und kann er deshalb die Leistung nicht bewirken, so wird der Vertrag nicht wirksam gemäß § 110. Dies liegt weniger daran, daß die Leistung nicht "vertragsmäßig" ist, vielmehr fehlt es bereits an einer wirksamen Leistung.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß eine Leistung auch dann vertragsmäßig ist, wenn mit fehlerhaften Gegenständen erfüllt wird, nicht jedoch, wenn ein aliud vorliegt.

Abschließend sei noch auf folgenden terminologischen Unterschied zwischen § 110 und § 362 hingewiesen. Während in § 110 von der "vertragsmäßigen" Leistung die Rede ist, spricht das Gesetz in § 362 von der "geschuldeten" Leistung. Der Grund für den abweichenden Wortgebrauch liegt in folgendem: § 362 geht davon aus, daß der schuldrechtliche Vertrag wirksam ist. Dagegen ist der schuldrechtliche Vertrag gemäß § 110 vor der Leistungsbeurteilung noch schwebend unwirksam, so daß nicht von einer "geschuldeten" Leistung gesprochen werden kann.

3. Die Erfüllungssurrogate

§ 110 BGB verlangt, daß der Minderjährige die "vertragsmäßige Leistung bewirkt", das heißt, er muß gemäß § 362 BGB erfüllen. Meint das Gesetz wirklich nur die Erfüllung, oder genügen auch diejenigen Tatbestände, denen das Gesetz dieselbe Wirkung wie der Erfüllung beigelegt hat? Wird der schuldrechtliche Vertrag auch dann wirksam, wenn der Minderjährige mit einer Gegenforderung aufrechnet oder wenn er seine Leistung hinterlegt oder wenn ihm seine Schuld erlassen wird? Bedenken gegen diese Ausdehnung ergeben sich daraus, daß die Erfüllungssurrogate zwar dieselbe Wirkung haben, aber eigentlich keine "vertragsmäßige" Leistung sind.

Unstreitig¹⁾ hat eine Hinterlegung unter Rücknah-

1) Duvernell, Seite 44; Palandt, § 110 Anmerkung 4; RGRK, § 110 Anmerkung 5; Erman, § 110 Rdn. 3.

meverzicht bei § 110 dieselbe Wirkung wie die Erfüllung selbst. Die Hinterlegung hat also nicht lediglich die Wirkung der Erfüllung nach § 378 BGB, sondern zugleich eine Vertragsbegründende Wirkung gemäß § 110 BGB. Dieses Ergebnis entspricht den Interessenlagen der Parteien. Der Minderjährige "verliert" seine Leistung durch die Hinterlegung in gleicher Weise, wie wenn er erfüllt hätte. Deshalb ist es auch angemessen, daß er in den Genuß der Gegenleistung kommt. Andererseits erlangt zwar der Vertragspartner des Minderjährigen nicht genau dieselbe Rechtsposition, wie wenn gemäß § 362 BGB erfüllt worden wäre. Denn er erhält durch die Hinterlegung im Falle eines Kaufvertrags weder Eigentum noch Besitz. Doch kann er diese Rechtsposition durch seine Ansprüche gegenüber dem Hinterlegungsgericht verwirklichen. Folglich steht die Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht der "Leistungsbewirkung" im Sinne des § 110 gleich.

Ebenso genügt das Erfüllungssurrogat des § 397 B G B für eine "Leistungsbewirkung" im Sinne des § 110 BGB, denn hier wird dem Minderjährigen seine Schuld erlassen. Er kann in diesem Fall die Gegenleistung gemäß § 110 BGB beanspruchen, ohne selbst leisten zu müssen.

Der Vertrag könnte gemäß § 110 auch dann wirksam werden, wenn der Minderjährige eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung s t a t t erbringt¹⁾. Falls sich der Vertragspartner des Minderjährigen weigert, eine aliud-Lieferung anzunehmen, wird der Vertrag nicht wirksam. Denn die Leistung ist nicht vertragsmäßig²⁾ im Sinne des § 110. Wenn der Vertragspartner aber die aliud-Leistung annimmt, fragt es sich, ob dann ein Rückgriff auf § 364 überhaupt nötig ist. Man könnte in der Annahme der Leistung an Erfüllungs Statt zugleich den Abschluß eines neuen schuldrechtlichen Vertrages erblicken, der die neue Leistung zum Inhalt hat. Dieser Vertrag würde nun durch die Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung gemäß § 110 wirksam. Diese Konstruktion kann jedoch zu unbilligen Ergebnissen führen. Ist der Gegenstand, der an Erfüllungs Statt geleistet wird, mangel-

1) Erman, § 110 Rdn. 3; RGRK, § 110 Anmerkung 5; Palandt, § 110 Anmerkung 4.

2) Vergleiche dazu die Ausführungen auf Seite 74.

haft, muß der Vertragspartner die Möglichkeit behalten, durch Rücktritt oder Wandlung die ursprüngliche Forderung wieder zu erlangen (§§ 364, 325, 326, 467). Dies ist aber nur möglich, wenn die ursprüngliche Forderung einmal wirksam bestanden hat. Das ursprüngliche Schuldverhältnis muß also voll wirksam gewesen sein. Bei dieser Konstruktion entstünde aber nur die neue Verpflichtung, niemals ein Vertrag mit dem ursprünglichen Leistungsinhalt. Wegen dieser Beschränkung der Gläubigerrechte ist diese Konstruktion abzulehnen.

Daß die Leistung an Erfüllungs Statt der Leistungsbewirkung im Sinne des § 110 gleich steht, ergibt sich aus dem Sinn des § 110. Diese Vorschrift will den Minderjährigen nur dann und nur insoweit verpflichten, als er die Verpflichtung erfüllen kann. Wenn der Minderjährige eine andere Sache an Erfüllungs Statt leistet und der andere Teil hiermit einverstanden ist, ist dieser Zweck des § 110 erreicht: Der Minderjährige schuldet **b i s** zur Erfüllung nichts, ab der Erfüllung ist die Verpflichtung zwar entstanden (§ 110 BGB), aber sofort erloschen gemäß § 364 BGB.

Im Hinblick auf den heute üblichen bargeldlosen Zahlungsverkehr ist auch zu prüfen, ob sich eine abweichende Beurteilung bezüglich der "Leistungsbewirkung" in § 110 ergibt, wenn der Minderjährige die Leistung durch **Ü b e r w e i s u n g** mittels einer **B a n k** vollzieht. In der Überweisung mittels eines Geldinstituts liegt eine Schuldtilgung an Erfüllungs Statt¹⁾, wenn der Gläubiger damit einverstanden ist. Hierdurch wird eine Forderung des Gläubigers gegenüber der Bank begründet. Da der Minderjährige rechtlich in der Lage ist, durch Leistung an Erfüllungs Statt zu erfüllen und so den Vertrag wirksam machen kann, hat auch die bargeldlose Überweisung mittels Bank sowohl die Wirkung der Erfüllung als auch die Wirkung, einen wirksamen Vertrag nach § 110 BGB zu begründen²⁾.

Umstritten ist ferner, ob eine **A u f r e c h n u n g** durch

1) Allgemeine Meinung, zum Beispiel Palandt, § 364 Anmerkung 3 und 270 Anmerkung 1 b; Erman, § 364 Rdn. 4 und § 362 Rdn. 8; Soergel, § 362 Rdn. 4; RGRK, § 364 Anmerkung 12.

2) So auch LG Bochum in VerBAV 69, 345.

den Minderjährigen als "Leistungsbewirkung" im Sinne des § 110 angesehen werden kann¹⁾. Die Aufrechnung setzt zunächst voraus, daß sich zwei Forderungen gegenüberstehen.

Kann dem Minderjährigen überhaupt eine Forderung überlassen werden, mit der er aufrechnen kann? Diese Frage wurde an vorheriger Stelle bereits erörtert und bejaht²⁾.

Problematisch ist, ob die Aufrechnung nicht deshalb unmöglich ist, weil die Forderung³⁾, gegen die der Minderjährige aufrechnen will, noch nicht voll wirksam ist. Denn das Schuldverhältnis ist v o r der Erfüllung noch schwebend unwirksam (§ 107 BGB)⁴⁾.

Duvernell⁵⁾ und Grzebinasch⁶⁾ meinen hierzu:

"Die Forderung, mit der der Minderjährige aufrechnen will, gelangt, wenn es sich um eine Forderung des gesetzlichen Vertreters handelt, für den Minderjährigen bereits mit der Abtretung zur Entstehung. Handelt es sich dagegen um eine Forderung des Minderjährigen selbst, so besteht sie bereits seit dem Zeitpunkt des Erwerbs."

Dieses angebliche Gegenargument verwechselt hier die Begriffe "Forderung" und "Gegenforderung" im Sinne des Aufrechnungsrechts. Daß die Forderung, mit der aufgerechnet wird, das heißt also die Gegenforderung⁷⁾, besteht, wird von niemanden bezweifelt. Es geht allein um die Frage, ob die Forderung, g e g e n die aufgerechnet werden soll, das heißt die Hauptforderung im Sinne des

- 1) Für die Zulässigkeit der Aufrechnung sprechen sich aus: Palandt, § 110 Anmerkung 4; Watzdorf, Seite 10; Crome, Seite 368; Duvernell, Seite 45. Dagegen: Oertmann, § 110 Anmerkung 2 d; Ploschke, Seite 24; Planck, § 110 Anmerkung 1 a E.
- 2) Vergleiche dazu die Ausführung auf Seite 72 ff.
- 3) Gemeint ist hier die Hauptforderung im Sinne des Aufrechnungsrechts, das heißt diejenige Forderung, welche sich gegen den Aufrechnenden richtet.
- 4) Erman, § 387 Rdn. 2; RGRK, vor § 387 Anmerkung 2; Rother, Allgemeines Schuldrecht, § 387 Anmerkung 1; Palandt, § 387 Anmerkung 7.
- 5) Duvernell, Seite 46.
- 6) Grzebinasch, Seite 79.
- 7) Diese Terminologie wird heute allgemein vertreten, zum Beispiel Rother, Allgemeines Schuldrecht, § 387 Anmerkung 5; Palandt, § 387 Anmerkungen 6 und 7.

Aufrechnungsrechts, zur Zeit der Aufrechnungserklärung bereits besteht.

Hier bieten sich zwei Lösungen an: Entweder vertritt man die Meinung, die Forderung gelange eine juristische Sekunde zur Entstehung (gemäß § 110) und erlösche anschließend infolge der Aufrechnung. Oder man stellt sich auf den Standpunkt, daß zuerst die Aufrechnung wirke und mangels Forderung ins Leere gehe. Für die Zulässigkeit der Aufrechnung spricht folgender Gesichtspunkt: Die Aufrechnung bringt für den Jugendlichen keine besondere Gefährdung. Im Gegenteil! Ist die Forderung gegen den Schuldner nicht realisierbar, zum Beispiel weil der Schuldner zahlungsunfähig ist, so kann der Minderjährige folgenden Weg gehen: Er kann mit diesem Schuldner einen neuen Vertrag, zum Beispiel einen Kaufvertrag schließen, der gemäß § 107 schwebend unwirksam ist. Hat der Minderjährige nun die Kaufsache erlangt, ohne den Kaufpreis zu entrichten, so kann er mit seiner Forderung aufrechnen. Der Kaufvertrag wird gemäß § 110 wirksam. Der Minderjährige kann so seine Forderung trotz Zahlungsfähigkeit des Schuldners realisieren. Deshalb muß auch eine Aufrechnung durch den Minderjährigen imstande sein, den schuldrechtlichen Vertrag gemäß § 110 BGB zu heilen.

4. Die teilweise Bewirkung der Leistung

Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung in § 110 BGB erreichen, daß zu keiner Zeit ein Erfüllungsanspruch gegen den Minderjährigen besteht: **V o r** der Erfüllung des Minderjährigen besteht keine Verpflichtung, weil der schuldrechtliche Vertrag schwebend unwirksam ist. **N a c h** der Erfüllung ist seine Verpflichtung gemäß § 362 BGB erloschen. Um diesen Gesetzeszweck zu erreichen, ist es grundsätzlich erforderlich, daß der Minderjährige die volle Leistung erbringt ¹⁾. Wie ist die Rechtslage aber, wenn der

1) Zutreffend führt das OLG Hamm, NJW 66, 2358 aus: "Wollte man selbst solche kleinen Anzahlungen aus eigenen Mitteln eines Minderjährigen zur Heilung seiner schwebend unwirksam geschlossenen Verträge genügen lassen, so würde der Zweck des gesetzlichen Minderjährigenschutzes genau ins Gegenteil verkehrt ..."

Minderjährige nur teilweise leistet? Ist zum Beispiel nach einer Anzahlung durch den Minderjährigen der gesamte Vertrag wirksam? Oder ist er insgesamt unwirksam? Oder gelangt man zur teilweisen Heilung des Vertrages?

Eine der genannten Möglichkeiten ist sofort auszusondern. Bei Teilleistung des Minderjährigen kann nie der gesamte Vertrag gemäß § 110 BGB wirksam werden. Dies widerspräche dem bereits dargestellten Zweck des § 110 BGB, keine Verpflichtung des Minderjährigen eintreten zu lassen. Insoweit besteht in der Literatur Einigkeit.

In der Frage, ob bei § 110 eine Teilwirksamkeit eintreten kann, ist die Literatur geteilter Meinung. Nach Staudinger¹⁾ muß die teilweise Erfüllung als Nichterfüllung angesehen werden. Dagegen kann nach Soergel²⁾ die teilweise Erfüllung bei teilbarer Leistung zur Teilwirksamkeit des Vertrages führen. Auch Oertmann³⁾ nimmt dazu im positiven Sinne Stellung:

"Aber wenn das Gesetz an einem teilweise Wirksambleiben eines Vertrages keinen Anstoß nimmt, - als Folge teilweisen Rücktritts, so zum Beispiel § 325 - kann auch ein teilweises Wirksamwerden nichts Absonderliches sein."

a) Eine teilweise Wirksamkeit des Vertrages kann nur dann eintreten, wenn die Leistung des Minderjährigen teilbar ist⁴⁾. Dies liegt vor, wenn sich die Leistung ohne Wertminderung in gleichartige Teile zerlegen läßt⁵⁾. Die Leistung ist regelmäßig teilbar, wenn der Leistungsgegenstand teilbar ist. Eine Teilung ist zunächst in betragsmäßiger Hinsicht denkbar. Insbesondere Geld und andere vertretbare Sachen und Gattungssachen sind

1) Staudinger, § 110 Rdn. 4.

2) Soergel-Hefermehl, § 110 Rdn. 3; ebenso Enneccerus-Nipperdey, § 152, Fußnote 15; v. Tuhr, I. 2, § 159 Seite 352 für § 110 2. Alternative.

3) Oertmann, § 110 Anmerkung 2 b.

4) Weimar, DB 63, 1603, derselbe in MDR 62, 273; Soergel aaO; OLG Hamm, JuS 67, 139.

5) Erman, § 139 Rdn. 12; Soergel, § 139 Rdn. 14; Palandt, § 266 Anmerkung 2 b.

teilbar. Hat ein Minderjähriger eine bestimmte Menge von vertretbaren Sachen mit überlassenen Mitteln gekauft, ist der Kaufpreis teilbar. Eine Abtrennung ist aber auch nach zeitlichen Gesichtspunkten möglich. Bestellt ein Minderjähriger eine Tageszeitung, ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einzuholen, für die Dauer eines Jahres und erfüllt er seine Verpflichtung für ein halbes Jahr mit ihm überlassenen Mitteln, so ist dieser Teil des Rechtsgeschäftes abtrennbar.

b) Die Teilwirksamkeit verlangt ferner, daß auch die *G e - g e n l e i s t u n g t e i l b a r* ist ¹⁾. Hieran wird die Teilwirksamkeit eines Abzahlungskaufes oft scheitern, denn die Kaufsache besteht häufig in einem einheitlichen, unteilbaren Gegenstand ²⁾.

Folgender Fall aus der neueren Rechtsprechung ³⁾ beschäftigt sich mit dem Problem der Teilbarkeit der Gegenleistung bei § 110. Ein Minderjähriger hatte ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einen Fernsprachkurs für 280,-- DM bestellt und davon 160,-- DM bezahlt. Das Geld wurde ihm zur freien Verfügung überlassen. Nach Ansicht des Gerichts wurde der Vertrag teilweise wirksam in Höhe der erbrachten Leistung des Minderjährigen, weil sowohl die Leistung des Minderjährigen als auch die des Verkäufers teilbar sind. Das Gericht begründet dieses Ergebnis so:

"Der Sprachkurs ist als teilbare Leistung anzusehen, da er aus einzelnen, aus sich heraus verständlichen Lektionen besteht. Jede Lektion ist also höchstens von der vorangegangenen Lektion abhängig, nicht von der folgenden ... Ein Sprachkurs ist nicht geeignet, perfekte Sprachkenntnisse zu vermitteln. An jedem Sprachkurs lassen sich weitere Lektionen anbringen; ein Sprachkurs ist also nicht eine unteilbare Leistung."

1) Weimar, DB 63, 1603; OLG Hamm, JuS 67, 139; Soergel aaO.

2) Larenz, AT, Seite 92 Fußnote 2.

3) AG Bensberg, MDR 63, 84.

Dagegen sieht Weimar¹⁾ hierin einen Fall der Unteilbarkeit. Der Sprachkurs solle dem Bezieher ein Grundwissen vermitteln; er sei in sich abgeschlossen, er vermittle einen in sich abgeschlossenen Überblick.

Diesen Ausführungen Weimars kann nicht gefolgt werden. Er scheint die Unteilbarkeit der Gegenleistung mit dem Leistungszweck zu begründen. Zwar ist richtig, daß der Leistungszweck zur Unteilbarkeit der Leistung führen kann, auch wenn der Leistungsgegenstand teilbar sein sollte, nämlich dann, wenn der Leistungszweck eine teilweise Erfüllung nicht zuläßt²⁾. Überzeugender und interessengerechter ist vielmehr die Argumentation des Gerichts, daß jede Lektion der Vermittlung von Sprachkenntnissen dient. Der Leistungszweck steht deshalb der Teilbarkeit des Leistungsgegenstandes nicht entgegen. Der Vertrag ist demnach teilweise wirksam.

c) Allein die Teilbarkeit der Leistungen berechtigt noch nicht zu dem Schluß, der Vertrag sei teilweise wirksam. Zusätzlich ist erforderlich, daß die Teilleistung des Minderjährigen einem Teil der Gegenleistung z u g e o r d n e t werden kann. Hat ein Minderjähriger mehrere Sachen zu einem Gesamtpreis gekauft, ohne daß dabei eine Aufschlüsselung erfolgt, wieviel jeder Einzelposten kostet, und reicht der Geldbetrag nicht aus, um den gesamten Vertrag wirksam zu machen, so kann der Vertrag nur dann teilweise wirksam werden, wenn ermittelt werden kann, inwieweit sich die Leistung auf die eine oder andere Sache bezieht³⁾.

d) Die obigen drei Voraussetzungen reichen allein nicht aus, die Teilwirksamkeit gemäß § 110 zu begründen. Sie geben nur Aufschluß, ob ein Geschäft teilbar ist. Ferner ist zu prüfen, ob bei Wegfall

1) Weimar, DB 63, 1603.

2) Soergel, Seite 139 Rdn. 19; Palandt, § 266 Anmerkung 2 b; Staudinger, § 139 Rdn. 5.

3) BGH BB 164, 57. Diese Entscheidung beinhaltet allgemeine Ausführungen zur Teilwirksamkeit. Ebenso Erman, § 134 Rdn. 12.

des unwirksamen Vertragsteils der Rest aufrechterhalten werden kann. Auch wenn die Parteien ursprünglich den gesamten Vertragsinhalt wollten, darf daraus nicht in jedem Falle geschlossen werden, daß sie auch an einem Vertragsteil festhalten wollen. Für die Frage der Aufrechterhaltung eines Vertragsteiles ist auf den *P a r t e i w i l l e n* abzustellen. Es ist zu prüfen, ob die Parteien - falls sie die Unwirksamkeit des Gesamtvertrages gekannt hätten - ein Geschäft über diesen Teil vereinbart hätten. Diese, dem § 139 BGB entnommene Formel hat den Sinn, die wirtschaftlichen Interessen der Parteien zu berücksichtigen. Hat zum Beispiel ein Minderjähriger einen Leasing-Vertrag¹⁾ mit ihm überlassenen Mitteln, aber ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen, so könnte der bisherige, von beiden Parteien ordnungsgemäß abgewickelte Teil gültig sein. Er wird jedoch unwirksam sein, wenn der Leasing-Geber den Vertrag nur im Hinblick auf die *g e s a m t e* Vertragsdauer abschloß: Bestand ein derartiger Vertrag über ein Fernsehgerät für die Dauer von zwei Jahren zu konstanten monatlichen Geldbeträgen und erfüllt der Minderjährige nur ein Jahr lang, so wird der Leasing-Geber zu diesem Zinssatz an keiner Teilwirksamkeit interessiert sein. Denn der Zins war auf die gesamte Vertragsdauer kalkuliert. Eine kürzere Laufzeit hätte einen höheren monatlichen Zins zur Folge. Es tritt also keine Teilwirksamkeit ein.

e) Unbeantwortet blieb noch die Frage, ob die teilweise Wirksamkeit bei § 110 die Regel sein soll oder ob sie nur Ausnahmecharakter hat, wie es § 139 BGB für nichtige Vertragsteile anordnet²⁾. Nach gefestigter Rechtsprechung³⁾ gilt diese Norm auch für schwebend unwirksame Verträge. Denn das Prinzip der Privatautonomie verlangt, daß ein Vertrag grundsätzlich nur mit allen Teilen oder gar nicht Bestand hat. Der Vertrag wird also nur dann teilweise wirksam gemäß § 110, wenn anzunehmen ist, daß die Par-

1) Es wird unterstellt, daß § 1822 Nr. 5 BGB nicht eingreift.

2) Duvernell, Seite 49 wendet den § 139 im Rahmen des § 110 BGB nur bei unteilbaren Leistungen an.

3) BGH 53, 179 mwN.

teilen bei Kenntnis der Unwirksamkeit einen Vertrag über diesen Teil geschlossen hätten.

5. Die Surrogation der Mittel

a) Kann ein Minderjähriger, dem ein Geldbetrag zum Kauf eines Fahrrads überlassen wurde, nach dem Kauf auch über das Fahrrad frei verfügen? Sind also auch die Mittel "überlassen", die ein Minderjähriger anstelle der überlassenen Mittel erhalten hat¹⁾? Auch im Losfall²⁾ stellte sich das Problem der Surrogation: Wenn einem Minderjährigen Taschengeld zur freien Verfügung überlassen wurde, er damit ein Los kauft und gewinnt, kann man dann behaupten, daß auch der Losgewinn zur freien Verfügung überlassen wurde?

Wenn man das Surrogationsprinzip strikt anwendet, folgt daraus, daß der Minderjährige über alle Surrogate von Mitteln, die ihm zur "freien Verfügung" überlassen wurden, frei verfügen kann. Diese Konstruktion mag in manchen Fällen zu brauchbaren Ergebnissen (sowohl vom erzieherischen wie vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt her) führen: Wird einem Minderjährigen Geld "zur freien Verfügung" überlassen, dann soll er in der Regel nicht nur berechtigt sein, ein einzelnes Geschäft zu tätigen, zum Beispiel sich ein Buch zu kaufen, sondern der Minderjährige soll auch in der Lage sein, dieses Buch wieder verkaufen oder vertauschen zu können.

Gegen die Anwendbarkeit des Surrogationsprinzips ergeben sich jedoch rechtliche Bedenken. Dem bürgerlichen Recht ist ein allgemeines Rechtsprinzip der Surrogation fremd. Aus den speziellen Normen der §§ 1075, 1212, 1219, 1247, 1287, 1370, 1418, 1473, 1638, 1646, 2019, 2041 und 2111 BGB läßt sich nach herrschender Meinung³⁾ kein allgemeiner Grundsatz ableiten. Die uneinge-

1) Zu dem Problem, ob in einem rechtsgeschäftlichen Erwerb eine "Überlassung durch einen Dritten" gemäß § 110 3. Alternative liegt, vergleiche Seite 69.

2) Vergleiche oben Seite 23 ff.

3) Zum Beispiel Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 65 I 9; Palandt, Einführung vor § 929 Anmerkung 7 e und vor § 854 Anmerkung 5 e.

schränkte Anwendung des Surrogationsgedankens brächte ferner die Gefahr der unkontrollierten Ausuferung mit sich. Dies zeigt sich im oben genannten Losfall (RG 74, 273¹⁾), in dem der Minderjährige anstelle von einigen Mark Taschengeld plötzlich mehrere tausend Reichsmark in Händen hatte. Würde man die Surrogation der Mittel uneingeschränkt bejahen, so wäre auch der hohe Gewinn "zur freien Verfügung überlassen". Dieses Ergebnis ist aber letztlich unvereinbar mit den Interessen des Minderjährigen.

b) Zunächst ist zu prüfen, ob bei einer "Überlassung z u r E r f ü l l u n g" (§ 110 1. Alternative BGB) eine Surrogation der Mittel möglich ist. Welche Geschäfte der Minderjährige vornehmen kann, richtet sich hier allein nach der Zweckbestimmung des gesetzlichen Vertreters. Diese Zweckbestimmung des gesetzlichen Vertreters kann sehr eng gefaßt sein, zum Beispiel wenn der gesetzliche Vertreter die Mittel zum Kauf eines ganz bestimmten Buchs überläßt. Die Zwecksetzung kann aber auch allgemeiner Natur sein. Das liegt zum Beispiel vor, wenn dem Minderjährigen Mittel zum Kauf eines Buchs oder einer Schallplatte gegeben werden. Dem gesetzlichen Vertreter ist es nicht nur möglich, den Erwerb mehrerer Sachen zu erlauben. Darüber hinaus kann er dem Minderjährigen die Befugnis einräumen, auch über das Erworbene weiter zu verfügen. Deshalb offenbart sich bei § 110 1. Alternative das Problem der Surrogation der Mittel nicht als Frage der dinglichen Surrogation. Vielmehr ist es eine Frage der Auslegung, zu welchem Zweck die Mittel überlassen wurden, das heißt, wie weit die Zweckbestimmung des gesetzlichen Vertreters reicht. Dem Minderjährigen wurde auch das Surrogat "überlassen" im Sinne des § 110, wenn ein dahingehender Wille des gesetzlichen Vertreters erkennbar ist. Ob der Minderjährige einen Vertrag über das Surrogat schließen kann, richtet sich nicht allein nach der Zwecksetzung durch den gesetzlichen Vertreter. Vielmehr sind auch die allgemein verbindlichen Grenzen²⁾ zu beachten, so daß der Vertrag in bestimmten Fällen unwirksam sein kann. Insbesondere darf dieses Geschäft dem Erziehungszweck nicht zuwider laufen.

1) Dazu oben auf Seite 23 ff.

2) Vergleiche dazu Seite 49 ff.

c) Die Frage der Surrogation bei der "Überlassung zur freien Verfügung" (§ 110 2. Alternative BGB) wird von einer reichsgerichtlichen Entscheidung¹⁾ behandelt. Aus dem Umstand, daß der gesetzliche Vertreter in einfachen Verhältnissen lebt, schließt das Reichsgericht, der gesetzliche Vertreter wäre niemals mit dem Autokauf einverstanden gewesen. Der Vertragspartner des Minderjährigen habe bei Abschluß des Geschäfts die beschränkte Tragweite der väterlichen Zustimmung gekannt oder doch erkennen müssen.

Diesen Ausführungen des Reichsgerichts ist nur dann zu folgen, wenn man in der "Überlassung zur freien Verfügung" eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag sieht, was aber abzulehnen ist²⁾. Sieht man darin einen Heilungstatbestand, in welchem der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen keine besonderen Beschränkungen auferlegt hat (denn die Überlassung erfolgte ja zur freien Verfügung), so ergibt sich für das Surrogationsproblem folgendes: Der Minderjährige kann zunächst über die überlassenen Gegenstände frei verfügen. Darüber hinaus kann er auch diejenigen Mittel frei verwenden, die an Stelle des Überlassenen getreten sind. Die Surrogation der Mittel ist bei § 110 2. Alternative somit grundsätzlich zulässig. Ist der gesetzliche Vertreter mit der Surrogation nicht einverstanden, so mag er dies klar zum Ausdruck bringen.

Auch wenn man die Surrogation bei dieser Alternative des § 110 grundsätzlich für zulässig hält, so heißt das noch nicht, daß der Minderjährige jedes Geschäft mit dem Surrogat schließen kann. Vielmehr sind auch hier die allgemein verbindlichen, oben aufgezeigten Grenzen³⁾ zu beachten. Auch das Reichsgericht führt im Los-Fall eine derartige Schranke an, indem es die Wirksamkeit des Vertrages wegen des "sittliche Gefahren mit sich bringenden Sports" ablehnt. Speziell diese Schranke kann heute wegen der allgemeinen Verbreitung der Kraftfahrzeuge und

1) RG 74, 236; Der diesem Urteil zugrunde liegende Tatbestand wurde oben auf Seite 23 erörtert.

2) Dazu oben Seite 52 ff.

3) Vergleiche Seite 60 ff.

der Tatsache, daß der Besitz eines Kraftfahrzeugs oft unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung mancher Berufe ist, keine Geltung mehr beanspruchen.

Daß im reichsgerichtlichen Losfall der Kaufvertrag unwirksam ist, ließe sich in dreifacher Weise begründen. Man kann bei einem derart hochwertigen Surrogat die Grenze dessen für überschritten halten, was mit dem Erziehungszweck vereinbar ist. Oder man prüft diesen Fall unter dem Gesichtspunkt des § 110 3. Alternative, indem man den Vertragspartner, der das Surrogat überläßt, als Dritten betrachtet¹⁾. Schließlich ließe sich der Interessenkonflikt in der Weise lösen, daß man dem Minderjährigen die volle Verfügungsmöglichkeit über das Surrogat einräumt unter Hinweis darauf, daß der gesetzliche Vertreter die Überlassung jederzeit widerrufen kann. Die letztgenannte Möglichkeit dürfte aus praktischen Gründen nicht akzeptabel sein. Oftmals wird der gesetzliche Vertreter vom Erwerb des Surrogats gar nichts wissen oder davon so spät erfahren, daß er keine Widerrufsmöglichkeit hat. So war es auch im Losfall, in dem der Minderjährige sofort bar bezahlte. Die bloße Verweisung auf ein Widerrufsrecht widerspräche auch dem § 110, denn diese Norm verlangt in jedem Falle eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters. Dies setzt aber voraus, daß der gesetzliche Vertreter zumindest eine ungefähre Vorstellung von der Höhe des verfügbaren Betrages hat. Dies ist aber in den seltensten Fällen gegeben.

Die zweite Lösungsmöglichkeit wendet § 110 3. Alternative an. Im reichsgerichtlichen Losfall wäre derjenige, der den Gewinn auszahlt, "Dritter" im Sinne des § 110 3. Alternative. Wenn nun die im Gesetz geforderte Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Überlassung fehlt, dann ist der Kraftfahrzeugkaufvertrag unwirksam. Diesem Lösungsansatz kann nicht zugestimmt werden. Wie bereits dargestellt²⁾, darf aus der Übereignung des Losgewinns nicht gefolgert werden, daß hierin eine "Überlassung zur freien Verfügung" liegt. Eine derartige Bestimmung darf der Person, die

1) Diese Lösung schlägt Ganske, RdJ 64, 209 vor.

2) Vergleiche dazu die Ausführungen auf Seite 69.

den Losgewinn auszahlt, nicht unterstellt werden.

Zutreffend ist allein die Begründung, daß bei einer so erheblichen Diskrepanz zwischen Überlassenem und Erworbenem die Grenze dessen überschritten ist, was mit dem Erziehungszweck vereinbar ist. Jedem objektiven Betrachter ist erkennbar, daß der gesetzliche Vertreter ein Geschäft in dieser Größenordnung nicht mehr billigen würde. Auch bei § 110 BGB ist erforderlich, daß der gesetzliche Vertreter zumindest in etwa die Höhe der überlassenen Mittel kennt. Und davon kann bei einem Surrogat, welches das Tausendfache der überlassenen Mittel beträgt, nicht die Rede sein. Mit dieser, dem Schutzprinzip entnommenen Schranke wird hier das rechtspolitisch wünschenswerte Ziel¹⁾ erreicht, daß der Vertrag über dieses Surrogat unwirksam ist.

d) Vergleicht man den Handlungsspielraum des Minderjährigen, über Surrogate zu verfügen, bei der "Überlassung zu diesem Zweck" (§ 110 1. Alternative) einerseits mit demjenigen bei der "Überlassung zur freien Verfügung" andererseits, so ergibt sich: Bei der 1. Alternative des § 110 BGB ist der Minderjährige an die Zwecksetzung, das heißt an die Willensäußerung des gesetzlichen Vertreters gebunden. Ferner sind die allgemeinen Grenzen, insbesondere die Vereinbarkeit mit dem Erziehungszweck einschlägig.

Dagegen gelten bei der "Überlassung zur freien Verfügung" bezüglich der Möglichkeit, über das Surrogat zu verfügen, nur die allgemeinen Grenzen. Zum Beispiel muß der Vertrag über das Surrogat insbesondere mit dem Erziehungszweck in Einklang stehen. Entscheidend ist, was dem erzieherischen Wohl objektiv dient oder was ihm zuwider läuft. Die Unvereinbarkeit mit dem Erziehungszweck kann sich entweder aus dem Umfang des Surrogats (im Los-

1) In der Literatur wird zumeist nur das rechtspolitische Ziel formuliert ohne eine dogmatische Begründung. So schreibt Staudinger, § 110 RdNr. 7: "Dies muß freilich da eine Grenze haben, wo der als Surrogat erworbene Gegenstand den Wert des Überlassenen um ein vielfaches übersteigt". Auch Soergel-Hefermehl, § 110 Rdn. 5 will den Erziehungszweck beim Surrogationsproblem berücksichtigen wissen.

fall bildete das Surrogat das Tausendfache des Überlassenen) oder aus der Art des Surrogats (zum Beispiel schädliche Sachen) ergeben.

e) Bisher wurde nur der Fall erörtert, daß das Surrogat aufgrund eines Rechtsgeschäfts erworben wurde. Problematisch ist, ob der Minderjährige die Möglichkeit hat, im Rahmen des § 110 auch über Schadensersatzansprüche aus u n e r l a u b t e r H a n d - l u n g zu verfügen. Das soll an folgendem Fall ¹⁾ veranschaulicht werden: Der gesetzliche Vertreter überläßt dem Minderjährigen Mittel zur freien Verfügung. Damit kauft der Minderjährige ein Kraftfahrzeug. Er gestattet einem anderen, mit dem Kraftfahrzeug zu fahren. Dieser beschädigt es schuldhaft. Kann der Minderjährige mit dem erlangten Geld ein neues Auto kaufen? Kann er auch dem Fahrer die Schuld erlassen?

Es ist folgende Argumentation denkbar: Der Minderjährige ist imstande, ein neues Auto zu kaufen beziehungsweise mit dem Schädiger einen Erlassvertrag zu schließen, da ihm der Kaufpreis für das Kraftfahrzeug "zur freien Verfügung" überlassen wurde. Damit sei ihm auch das Kraftfahrzeug und der an dessen Stelle getretene Schadensersatzanspruch überlassen worden.

Die Zulässigkeit der ersten Surrogation (das Geld wird durch das Kraftfahrzeug "ersetzt") soll hier unterstellt werden. Die Besonderheit des Falles besteht darin, daß die zweite "Umwandlung" - der Pkw "wird" zum Schadensersatzanspruch - eine unfreiwillige war. Zweifelhaft ist, ob man diesen Tatbestand noch als Surrogation der Mittel bezeichnen kann. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum die Surrogation, falls sie zulässig ist, auf einer rechtsgeschäftlichen Verfügung beruhen muß. Hätte der Minderjährige den Pkw verkauft, hätte er eine Forderung erlangt, die sich rechtlich nicht von der Schadensersatzforderung unterscheidet. Der Rechtsgrund der Forderung - ob unerlaubte Handlung oder schuldrechtlicher Vertrag - beeinflußt nicht die Frage,

1) Abgeänderter Sachverhalt von OLG Stuttgart, FamR 69,39.

ob der Minderjährige die Mittel weiter verwenden kann im Sinne des § 110 BGB.

Folglich können auch solche Surrogate vom gesetzlichen Vertreter überlassen sein, die der Minderjährige aufgrund unerlaubter Handlung erhielt¹⁾.

Im oben genannten Fall wäre demnach der Erlaßvertrag wirksam vermäß § 397 in Verbindung mit § 110 BGB - wenn nur diese allgemeinen Regeln zur Anwendung kämen. Wegen der Schranke des § 1641 BGB, die auch für § 110 BGB gilt, ist der Vertrag jedoch unwirksam¹⁾.

6. Die Fiktionsform und die Rückwirkung

a) § 110 scheint eine **F i k t i o n** zu enthalten, da der Gesetzestext sagt, daß der Vertrag als von Anfang an wirksam **g i l t**. Daß § 110 eine **e c h t e F i k t i o n** enthält, könnte man folgendermaßen begründen: Auszugehen ist von dem Grundsatz der §§ 107, 108 BGB, wonach immer die Zustimmung nötig ist, um belastende Verträge Jugendlicher wirksam zu machen. Da jedoch, so könnte man argumentieren, bei § 110 die Zustimmung fehlt, ist der Vertrag nach den allgemeinen Regeln (§ 107 und § 108 BGB) nicht wirksam, er **g i l t** nur als wirksam.

Diese Argumentation ist jedoch unzutreffend. Denn der Gesetzgeber ist an den oben genannten Grundsatz nicht gebunden. Er kann bestimmen²⁾, wann und unter welchen Voraussetzungen die Verträge von Minderjährigen wirksam sind, wenn der gesetzliche Vertreter nur in irgendeiner Form beteiligt ist. Der Gesetzgeber kann - neben der Zustimmung - zusätzliche Institute schaffen, die entweder dieselbe Rechtswirkung wie die Zustimmung haben (nämlich die Wirksamkeit des Vertrages) oder die eine weitergehende Rechtswirkung haben (zum Beispiel die Einräumung der partiellen Geschäftsfähigkeit einschließlich der Prozeßfähig-

1) So auch OLG Stuttgart aaO.

2) Larenz, AT, § 5 I, Seite 71 ff.

keit). Ebensowenig zwingt die Tatsache, daß der Vertrag von Anfang an wirksam sein soll, dazu, die Fiktionsnorm zu verwenden. Gerade § 184 BGB zeigt, daß die Rückwirkung nicht zwangsläufig mit einer Fiktion verbunden werden muß. Folglich hätte der Gesetzgeber auch im § 110 formulieren können, daß der Vertrag von Anfang an wirksam i s t .

b) Sind die in § 110 BGB angeführten Voraussetzungen erfüllt, so gilt der Vertrag "als v o n A n f a n g a n w i r k - s a m " . Für den Zeitpunkt der Wirksamkeit ist der schuldrechtliche Vertrag vom dinglichen - soweit überhaupt vorhanden - zu unterscheiden: Beim s c h u l d r e c h t l i c h e n Vertrag tritt eine echte Rückwirkung ein. Der Vertrag ist von dem Zeitpunkt ab wirksam, in dem er geschlossen wurde. § 110 BGB beinhaltet nicht bloß eine Rückbeziehung, wie zum Beispiel § 159 BGB. Der Sinn, warum der Gesetzgeber in § 110 eine Rückwirkung festlegte, liegt in folgendem: Da § 110 BGB in seinen Tatbestandsvoraussetzungen (insbesondere in dem Mitwirkungsakt des gesetzlichen Vertreters) dem § 108 BGB vergleichbar ist, sollte auch auf der Rechtsfolgenseite eine Angleichung geschaffen werden. Wie die Genehmigung gemäß § 108 in Verbindung mit 184 BGB zurückwirkt, soll auch bei § 110 eine Rückwirkung eintreten. Die Rückwirkung ist Folge einer positiven Entscheidung des Gesetzgebers - ähnlich wie bei § 184 BGB - , da ein Heilungstatbestand nicht zwangsläufig mit einer Rückwirkung verbunden sein muß¹⁾. Zum Beispiel wirkt die Heilung des § 313 Satz 2 nur ex nunc.

Auch wenn der schuldrechtliche Vertrag als von Anfang an wirksam gilt, ist festzuhalten, daß b i s zur Erfüllung noch kein wirksames Schuldverhältnis bestand²⁾. Daraus folgen insbesondere Konsequenzen für den Eintritt des Verzuges gemäß § 284 BGB.

1) Flume, Seite 899.

2) Unzutreffend ist die Meinung Schreibers, Seite 72 ff, daß bei § 110 BGB eine Schuld ohne Haftung vorliege. Denn falls die Mittelüberlassung nach Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages gelegen ist, unterscheidet sich der schwebend unwirksame Vertrag in keiner Weise von demjenigen, der später genehmigt wird. Gegen Schreibers Ansicht spricht sich insbesondere Colonius, Seite 32 ff aus.

Dazu folgendes Beispiel: Ein Minderjähriger hat einen Vertrag, der der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, ohne dessen Zustimmung geschlossen. Er vereinbart in diesem Vertrag einen festen Leistungszeitpunkt. Auch wenn der Minderjährige nach diesem Zeitpunkt erfüllt, § 110 BGB, befindet er sich noch nicht im Verzug. Denn vor der Erfüllung bestand noch keine Verpflichtung des Minderjährigen. Der Vertragspartner des Minderjährigen hatte also noch kein vollwirksames Recht auf die Leistung, was aber eine der Voraussetzungen für die Verzugsbegründung ist ¹⁾. Die Rückwirkung geht demnach nicht so weit, für die Vergangenheit eine Pflicht zu schaffen, die vorher nicht bestand.

7. Das Widerrufsrecht des gesetzlichen Vertreters

Die Frage, ob der gesetzliche Vertreter und der Vertragspartner des Minderjährigen ein Widerrufsrecht haben, wird sich in der Praxis des § 110 BGB nicht allzu oft stellen. Denn § 110 BGB betrifft primär die Bargeschäfte des täglichen Lebens. Bei diesen besteht infolge der sofortigen Erfüllung kein Schwebezustand. Gleichwohl sind viele Fälle denkbar, bei denen der Minderjährige nicht sofort erfüllt, zum Beispiel bei Ratenanzahlungskäufen. Bei diesen Verträgen stellt sich die Frage, inwieweit die Parteien beziehungsweise der gesetzliche Vertreter gebunden ist, inwieweit sie sich vom Vertrag durch Ausübung des Widerrufsrechts lösen können und ob der Vertragspartner den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auffordern kann.

Zunächst ist eine begriffliche Klärung nötig. Wenn hier vom "Widerrufsrecht" des gesetzlichen Vertreters die Rede ist, so denkt man zunächst an die Z u s t i m m u n g zum schuldrechtlichen Vertrag und ihre Widerruflichkeit.

Da aber § 110 BGB mehrere Tatbestandsvoraussetzungen hat, kommen auch v e r s c h i e d e n e A r t e n d e s W i d e r r u f s in Frage. Einmal könnte der gesetzliche Vertreter die

1) Palandt, § 284 Anmerkung 2; Staudinger, § 284 Rdn. 2.

Zustimmung zum dinglichen Vertrag widerrufen mit der Folge, daß der Minderjährige grundsätzlich nicht erfüllen kann. Ferner kann er die Leistungsbewirkung des Minderjährigen durch einen Realakt verhindern, indem er die zunächst überlassenen Mittel wieder an sich nimmt. Dies ist aber nur in den seltensten Fällen eine echte Alternative zur erstgenannten, da die tatsächliche Rücknahme der Mittel in der Regel auch einen konkludenten Widerruf der Zustimmung enthält.

Zunächst soll der W i d e r r u f d e r Z u s t i m m u n g zum dinglichen Vertrag erörtert werden. Genauer gesagt ist vom Widerruf der Einwilligung die Rede, denn die Genehmigung ist stets unwiderruflich¹⁾. Ob die Einwilligung widerrufen werden kann, richtet sich nach § 183 Satz 1 BGB. Danach ist die Einwilligung grundsätzlich widerruflich, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt. Diese Ausnahme greift hier nicht durch, da in den Vorschriften über die elterliche Gewalt die Unwiderruflichkeit nicht vorgesehen ist. Damit ist die Einwilligung zum dinglichen Vertrag grundsätzlich widerruflich.

Wie lange kann der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung widerrufen, das heißt bis zu welchem Zeitpunkt muß der Widerruf erfolgt sein? Kann der Widerruf b i s zur Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgen, wie es § 183 vorsieht, oder ergibt sich aus dem Sinn des § 110 eine Abweichung?

Soergel-Hefermehl²⁾ billigen dem gesetzlichen Vertreter ein Widerrufsrecht v o r der Erfüllung zu, schließen es aber aus, wenn eine Einwilligung zu einem bestimmten Geschäft nach § 107 vorliegt und der Minderjährige das betreffende Geschäft abgeschlossen hat.

Ähnlich äußert sich der RGRK³⁾: Hier wird die in der Voraufgabe vertretene Meinung, daß der Widerruf des gesetzlichen Vertreters bis zur Leistungsbewirkung erfolgen könne, eingeschränkt. Ein

1) Staudinger, § 184 Anmerkung 2; Palandt, § 184 Anmerkung 1 mwN.

2) Soergel-Hefermehl, § 110 Anmerkung 7.

3) RGRK, § 110 Anmerkung 6.

Widerruf nach Vertragsschluß gemäß § 103 scheide aus, wenn der Überlassung der Mittel die stillschweigende Zustimmung zu dem fraglichen Vertragsabschluß zu entnehmen sei.

Eine teilweise abweichende Meinung hierzu vertritt Schreiber¹⁾:

"Selbstverständlich ist dem Muntwalt unbenommen, dem Minderjährigen vor Abschluß des Vertrages diesen zu verbieten. Dann ist eben dadurch die Verfügung, zu der die Mittel gegeben waren, wieder eingeschränkt; das steht dem gesetzlichen Vertreter natürlich jederzeit zu. Aber die Möglichkeit eines Verbotes zwischen Abschluß und Erfüllung würde den Zweck des § 110 BGB, der der Verkehrsauffassung entgegenkommen soll, in sein gerades Gegenteil verkehren ..."

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber brachte in den §§ 107, 108, 112 und 113 BGB zum Ausdruck, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen einen bestimmten Handlungsspielraum einräumen, ihm eine gewisse Selbständigkeit verleihen kann. In diesen Normen ist jedoch immer ein nachträgliches Interventionsrecht des gesetzlichen Vertreters vorgesehen gemäß § 183, § 112 II, § 113 II BGB. Die damit verbundene Belastung des Rechtsverkehrs wurde vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen. Bei der Einwilligung zum dinglichen Vertrag kann nichts anderes gelten. B i s zur Leistungsbewirkung des Minderjährigen muß sie also widerruflich sein.

Die Frage, ob die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters widerruflich ist, falls der Minderjährige den Vertrag seinerseits bereits vollständig abgewickelt hat, ist zu verneinen. In diesem Fall ist die Leistung bewirkt und somit der schuldrechtliche Vertrag gemäß § 110 geheilt. Ein Widerruf ist somit ausgeschlossen.

Z u s a m m e n f a s s e n d ist festzuhalten, daß § 183 im Rahmen des § 110 uneingeschränkte Geltung hat. Der gesetzliche Vertreter kann seine Einwilligung zum dinglichen Geschäft bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerrufen.

1) Schreiber, S. 79 und 80.

Wie bereits erwähnt, kann der gesetzliche Vertreter einen "Widerruf" auch in der Weise zum Ausdruck bringen, daß er die Mittel an sich nimmt und so die Möglichkeit der Erfüllung vereitelt. Dann kann der Vertrag nicht mehr gemäß § 110 geheilt werden. Diese Art des "Widerrufs" ist vor allem dann relevant, wenn der Widerruf der Einwilligung nicht wirksam ist, sei es, daß die Erklärung selbst nicht wirksam ist (zum Beispiel wegen Geschäftsunfähigkeit des gesetzlichen Vertreters) oder daß der Widerruf keinem der möglichen Erklärungsempfänger zugeht. Dieser Widerruf, das heißt die Rücknahme der Mittel, ist in jedem Stadium bis zur vollständigen Leistungsbewirkung durch den Minderjährigen möglich.

8. Das Widerrufs- und Aufforderungsrecht des Vertragspartners des Minderjährigen; der Einfluß der zwischenzeitlich eingetretenen Volljährigkeit

I. Ging es bisher um die Auflösung des Vertrags durch den gesetzlichen Vertreter, so ist nun zu prüfen, ob auch dem V e r - t r a g s p a r t n e r des Minderjährigen ein Recht zum Widerruf zusteht. Hier ist an die Anwendung des § 109 BGB zu denken. Zwar lehnen Soergel-Hefermehl¹⁾ ein Widerrufsrecht gemäß § 109 BGB ab, da diese Vorschrift eine Genehmigung voraussetze, der es bei § 110 nicht bedürfe. Diesen Ausführungen, insbesondere dem ersten Halbsatz, kann jedoch nicht gefolgt werden. Wenn das Gesetz dem Vertragspartner ein Widerrufsrecht einräumt, dafür aber die zeitliche Grenze "spätestens bis zur Genehmigung" zieht, geht es zu weit, in der Genehmigung eine echte Voraussetzung für den Widerruf erblicken zu wollen.

Ausgangspunkt ist der zustimmungsbedürftige schuldrechtliche Vertrag, der infolge der fehlenden Zustimmung schwebend unwirksam ist. In diesem Stadium ist § 109 grundsätzlich anwendbar. Die Anwendbarkeit dieses Paragraphen kann nicht unter Hinweis auf § 110 verneint werden, denn es ist nicht vorauszusehen, ob der

1) Soergel-Hefermehl, § 110 Anmerkung 7.

Vertrag nach §§ 107, 108 BGB oder nach § 110 BGB oder überhaupt nicht wirksam wird.

Somit liegt das Hauptproblem nicht darin, ob der andere Teil ein Widerrufsrecht hat. Denn dieses Recht ist unmittelbar im Gesetz festgelegt (§ 109). Vielmehr geht es um die Frage, ob dieses bestehende Recht durch ein Tatbestandsmerkmal des § 110 BGB (zum Beispiel durch die Mittelüberlassung) ausgeschlossen wird. Eines kann man sofort sagen: Falls der Minderjährige die Leistung bewirkt hat und dadurch sowohl das schuldrechtliche wie das dingliche Geschäft wirksam sind, § 110 BGB, besteht kein Widerrufsrecht mehr. Andererseits gilt folgendes: Erfolgte die Überlassung erst nach Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages, so hat der Vertragspartner auf jeden Fall ein Widerrufsrecht gemäß § 109. Bis hierher ist die Sache unzweifelhaft, denn dieses Ergebnis folgt bereits aus den §§ 107, 108 und 109 BGB.

Das Widerrufsrecht des Vertragspartners könnte dadurch erlöschen, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel überläßt. Dies ist dann anzunehmen, wenn die "Überlassung" im Sinne des § 110 vergleichbar ist mit der Erteilung oder Versagung einer Genehmigung gemäß § 108.

Zur Lösung dieses Problems ist vom Sinn und Zweck des § 109 auszugehen. Der Grundgedanke dieser Norm besteht darin, den Vertragspartner so lange nicht zu binden, als der Minderjährige nicht gebunden ist ¹⁾.

Da ein Vertrag nach § 110 erst durch die Erfüllung wirksam wird, der Minderjährige also erst mit der Erfüllung gebunden ist, wäre es unbillig, den anderen Teil vorher zu binden. Der ohnehin geringe Schutz des Rechtsverkehrs bei Minderjährigenverträgen darf nicht preisgegeben werden. Das gilt umso mehr, als auch der gesetzliche Vertreter ein Widerrufsrecht bis zu dem Zeitpunkt hat, zu dem der dingliche Vertrag wirksam wird. Das Gebot, daß die Parteien nur in gleichem Maße gebunden sein sollen, wird also nur dann gewahrt, wenn man den § 109 I BGB entsprechend anwendet und

1) Brandt, Seite 33; Ploschke, Seite 36.

dem Vertragspartner ein Widerrufsrecht b i s z u r E r -
f ü l l u n g durch den Minderjährigen einräumt¹⁾.

Das Widerrufsrecht erfährt in § 109 II BGB eine Einschränkung. Der Grundsatz der Bindung des Vertragspartners nur bei gleichzeitiger Bindung des Minderjährigen gilt nur insofern, als der Vertragspartner die eigene Verpflichtung nicht bewußt in Kauf nahm²⁾. Diese Schranke des § 109 II muß a u c h bei seiner Anwendung im Rahmen des § 110 gelten. Wer sich bei Kenntnis der Umstände bindet, die die Vertragswirksamkeit verhindern, soll gebunden sein. Es wäre unbillig, wenn er sich darauf berufen könnte, daß der Minderjährige nicht gebunden ist.

II. Wer einen Vertrag mit einem Minderjährigen geschlossen hat, möchte möglichst schnell wissen, ob der Vertrag wirksam ist, vor allem dann, wenn die versprochene Leistung noch aussteht. Um diesen Schwebezustand zu beenden, kann er den gesetzlichen Vertreter a u f f o r d e r n, den Vertrag zu genehmigen (§ 108 II BGB). Heißt das nun, daß der gesetzliche Vertreter den Vertrag nur noch genehmigen kann, daß also eine Heilung nach § 110 BGB ausgeschlossen ist? Oder steht dem Vertragspartner gar kein Aufforderungsrecht zu, weil der gesetzliche Vertreter bereits dadurch, daß er Mittel an den Minderjährigen überlassen hat, bekundet hat, daß er den Weg der Genehmigung nicht gehen möchte?

Zu untersuchen ist also, wie sich das A u f f o r d e r u n g s -
r e c h t z u d e r M i t t e l ü b e r l a s s u n g im Sinne des § 110 BGB verhält. Das umfaßt einmal das Problem, ob die Mittelüberlassung das Aufforderungsrecht gemäß § 108 II ausschließt. Auch die umgekehrte Sachlage ist zu prüfen: Darf der gesetzliche Vertreter, falls er vom anderen Teil zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert wurde, noch Mittel an den Minderjährigen gemäß § 110 BGB überlassen? Schließt also die Aufforderung gemäß § 108 II BGB den § 110 BGB aus?

1) Brandt, Seite 33; Ploschke, Seite 36.

2) Palandt, § 109 Anmerkung 1.

II. 1 Die Frage, ob die Überlassung von Mitteln an den Minderjährigen das Aufforderungsrecht des anderen Teils ausschließt, ist zu verneinen. Denn § 108 II BGB will den Schwebezustand des schuldrechtlichen Vertrags beenden, was durch die bloße Mittelüberlassung an den Minderjährigen noch nicht erreicht ist, so lange die Erfüllung noch fehlt. Deshalb hat der Vertragspartner auch dann noch ein Interesse am Aufforderungsrecht, wenn der gesetzliche Vertreter Mittel an den Minderjährigen überlassen hat. Gegen den Ausschluß des Aufforderungsrechts spricht auch folgendes: Da den meisten Minderjährigen regelmäßig Geldbeträge zur freien Verfügung überlassen werden, die Minderjährigen also die Möglichkeit haben, nahezu jeden schwebend unwirksamen Vertrag durch Erfüllung wirksam zu machen, würde eine Mittelüberlassung das Aufforderungsrecht eines jeden Vertragspartners ausschließen. Folglich wird das Aufforderungsrecht hierdurch nicht tangiert.

II. 2 Wie aber wirkt sich die Aufforderungserklärung gemäß § 108 II auf § 110 BGB aus? Um diesen Einfluß festzustellen, ist von den rechtlichen Wirkungen des Aufforderungsrechts auszugehen. Der Gesetzgeber behandelt dieses Problem in § 108 II BGB, allerdings nur im Hinblick auf die Genehmigung.

a) Die e r s t e W i r k u n g des Aufforderungsrechts besteht darin, daß die Genehmigung nur noch gegenüber dem anderen Teil erklärbar ist. Man könnte annehmen, daß a l l e i n die G e n e h m i g u n g die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags herbeizuführen vermag.

Ging es im vorigen Abschnitt um die Frage, ob die Mittelüberlassung das Aufforderungsrecht ausschließt, liegt jetzt der umgekehrte Fall vor: Schließt die Aufforderung gemäß § 108 II den § 110 BGB aus? Dies ist zu verneinen. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes soll nur die Zahl der möglichen Erklärungsempfänger beschränkt werden; es soll eine Einschränkung zu § 182 I BGB geschaffen werden. Dann erhebt sich aber die Frage, ob § 108 II Satz 1, 1. Halbsatz nicht entsprechend anwendbar ist, dergestalt,

daß alle bei § 110 BGB erforderlichen Erklärungen des gesetzlichen Vertreters **a l l e i n a n d e n V e r t r a g s - p a r t n e r** gerichtet werden müssen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 110 BGB lassen aber eine Analogie als überflüssig erscheinen. Da diese Norm sowohl eine Mittelüberlassung an den Minderjährigen als auch seine Leistungsbewirkung verlangt, also zwei nach außen erkennbare Merkmale nötig sind, ist es nicht erforderlich, zugunsten des Rechtsverkehrs eine weitere Erleichterung zu schaffen. Die bei § 110 erforderlichen Erklärungen können also sowohl an den Minderjährigen als auch an den Vertragspartner gerichtet werden.

b) Hat der Vertragspartner auch dann noch das **A u f f o r - d e r u n g s r e c h t**, wenn der Vertrag bereits gemäß § 110 BGB voll wirksam geworden ist? In diesem Fall ist der schuldrechtliche Vertrag zwar schon wirksam und es besteht kein Schwebezustand mehr. Diese Argumentation greift aber nicht durch. Auch ein Vertrag, der dem Minderjährigen gegenüber genehmigt wurde und damit voll wirksam ist, kehrt durch die Aufforderung des Vertragspartners in den Zustand der schwebenden Unwirksamkeit zurück (§ 108 II Satz 1, 2. Halbsatz).

Doch ergibt sich aus der Interessenlage der Parteien, daß nach Wirksamkeit des Vertrages gemäß § 110 BGB der andere Teil kein Aufforderungsrecht mehr hat. Der Unterschied zu § 108 Absatz II Satz 1, 2. Halbsatz, wonach die Genehmigung durch die Aufforderung unwirksam wird, liegt darin, daß § 108 endgültig klären will, ob der Vertrag wirksam ist. Die bestehende Unsicherheit soll endgültig beseitigt werden.

Anders ist die Interessenlage bei § 110 BGB. Hier besteht keine Unsicherheit, die der oben dargestellten Rechtslage vergleichbar wäre. Denn die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags ist an äußere Umstände geknüpft, die dem Vertragspartner erkennbar sind. Ferner hat er die Leistung des Minderjährigen in Händen. Diese im Verhältnis zu § 108 BGB verbesserte Position des Vertragspartners verbietet es, daß er den schuldrechtlichen Vertrag mittels Aufforderung wieder in den Zustand der schwebenden Unwirksamkeit

zurückführen kann.

c) Die dritte Wirkung der Aufforderung gemäß § 108 Absatz II, Satz 2 BGB besteht darin, eine zweiwöchige Frist zur Genehmigung oder ihrer Verweigerung in Lauf zu setzen. Diese Wirkung muß auch im Rahmen des § 110 BGB gelten. Hat der Minderjährige einen zustimmungsbedürftigen schuldrechtlichen Vertrag ohne Zustimmung geschlossen und die Leistung nicht bewirkt, so muß der andere Teil die Möglichkeit haben, den Schwebezustand zu beenden. Denn dieser besteht bei § 110 vor der Erfüllung in gleichem Maße wie bei § 108 BGB vor der Genehmigung. Der geringe Verkehrsschutz im Minderjährigenrecht darf nicht aufgegeben werden, zumal in dieser Situation oft noch gar nicht vorauszusehen ist, ob der schwebend unwirksame Vertrag durch die Genehmigung oder durch die Erfüllung Wirksamkeit erlangen wird. Nach einer Aufforderung muß also der Minderjährige die Voraussetzungen des § 110 BGB innerhalb der gesetzlichen Frist des § 108 II BGB erfüllen, damit der Vertrag wirksam wird. Andernfalls wird der Vertrag endgültig unwirksam. Doch wird in der späteren, verfristeten Erfüllung oft ein erneuter Abschluß eines schwebend unwirksamen schuldrechtlichen Vertrages liegen, der sodann mit der Erfüllung gemäß § 110 BGB wirksam wird.

d) Zusammenfassend gilt, daß dem Vertragspartner des Minderjährigen ein Aufforderungsrecht zusteht. Es wird durch eine Mittelüberlassung gemäß § 110 BGB nicht tangiert. Das Aufforderungsrecht hat im Falle der Vertragsabwicklung gemäß § 110 aber allein die Wirkung einer Fristsetzung gemäß § 108 II Satz 2 BGB. Weitere Rechtsfolgen löst es nicht aus.

III. Wie ist die Rechtslage, wenn ein Minderjähriger einen rechtlich nachteiligen Vertrag ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hat und er vor der Erfüllung mit den überlassenen Mitteln volljährig wird? Sicherlich kann er dann den Vertrag nach § 108 Absatz 3 BGB genehmigen. Kann er aber auch noch mit überlassenen Mitteln erfüllen, so daß der

Vertrag nach § 110 BGB wirksam wird? In diesem Fall ist es sinnvoll, den § 110 entsprechend anzuwenden ¹⁾. Der Vertrag wird dann durch die Erfüllung seitens des Minderjährigen wirksam. Wenn der zwischenzeitlich Volljährige in der Lage ist, einen entsprechenden Vertrag neu abzuschließen oder den schwebend unwirksamen Vertrag selbst zu genehmigen (§ 108 Absatz 3 BGB), ist es angemessen, auch den § 110 entsprechend anzuwenden. Die Frage, ob nach Eintritt der Volljährigkeit der Vertrag gemäß § 110 analog wirksam wird, kann meist auf sich beruhen. Denn in der Leistungsbewirkung gemäß § 110 BGB wird häufig eine konkludente Genehmigung im Sinne des § 108 Absatz 3 BGB liegen ²⁾.

1) Ebenso Oertmann, § 110 Anmerkung 6.

2) Ploschke, Seite 56.

D WICHTIGE ANWENDUNGSFÄLLE DES § 110 BGB

I. Probleme des § 110 BGB im Arbeitsrecht und bei gelegentlichen Tätigkeiten

Viele Jugendliche gehen während ihrer Schul- und Ausbildungszeit einer entgeltlichen Beschäftigung nach. In den Ferien arbeiten sie häufig in einer Fabrik oder helfen in einem Büro aus. Auch während der Schul- und Studienzeit verdienen sie nebenbei Geld durch Zeitungsaustragen oder Botengänge. Sind diese Verträge überhaupt gültig, wenn der gesetzliche Vertreter davon nichts weiß oder wenn er damit nicht einverstanden ist? Richtet sich die Wirksamkeit dieser Verträge nach § 110 BGB? Und ferner: Darf der Minderjährige über den Lohn frei verfügen? Diese Fragen bedürfen einer zusätzlichen Erörterung im folgenden Abschnitt.

1. Die Arbeitskraft als "überlassenes Mittel"

Bereits im vorigen Abschnitt ¹⁾ wurde dargelegt, daß unter dem Begriff der "Mittel" nicht nur Sachen wie zum Beispiel Geld fallen, sondern auch immaterielle Gegenstände wie zum Beispiel Forderungen. Zählt nun auch die Arbeitskraft zu den "Mitteln" im Sinne des § 110 BGB? Kann sie ihm überhaupt überlassen werden? Oder war die Arbeitskraft dem Minderjährigen bereits von Natur aus überlassen und kann er deshalb frei darüber verfügen?

Schon in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB wurde in der Literatur die Frage erörtert, ob auch die Arbeitskraft des Minderjährigen zu den ihm überlassenen Mitteln zu zählen sei ²⁾.

Biermann ³⁾ nahm an, daß die Mittel, über die der beschränkt Geschäftsfähige von Natur frei verfügen kann, "doch wohl den ...

1) Vergleiche oben Seite 72 ff.

2) Dernburg, § 122 V.

3) Biermann, Bürgerliches Recht I, § 61 Anmerkung 17.

überlassenen Mitteln in ihrer Bedeutung gleichstehen müssen". Riezler ¹⁾ ging einen anderen Lösungsweg: Er lehnte eine Analogie zu § 110 BGB ab und sah die dogmatische Lösung im venire contra factum proprium. Wenn der Minderjährige seine Arbeitsleistung erbracht habe, meint Riezler, so müsse er auch den Lohn erhalten, weil seine Leistung wegen des immateriellen Charakters nicht zurückgewährt werden könne. Es sei eine unzulässige Rechtsausübung, wenn sich der Vertragspartner darauf berufe, daß der Vertrag infolge der Minderjährigkeit schwebend unwirksam sei.

Auch Oertmann ²⁾ ist der Ansicht, daß der Vertrag eines Minderjährigen, in dem er sich zur Dienstleistung verpflichtet und den er bereits erfüllt hat, in manchen Fällen auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam ist. Oertmann begründet dies so: "hat der Minderjährige einmal das Seine getan, so ist das, was am Vertrage zu tun übrig bleibt, für ihn lediglich vorteilhaft: die Vornahme der Gegenleistung, und es wäre nicht nur sinnwidrig, sondern auch dem Grundsatz des § 107 direkt widersprechend, diesen ihm vorteilhaften Restteil des Vertrages nicht gültig werden zu lassen." Diese Begründung Oertmanns ist jedoch im Hinblick auf § 107 abzulehnen. Gegenseitige Verträge werden nicht dadurch zu "lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäften", daß ein Vertragspartner seine Leistung erbringt. Diese Theorie hat den Nachteil, daß sie mehr preisgibt als verfestigt. Der allgemein gültige Grundsatz des § 107 BGB, wonach belastende Verträge Minderjähriger der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfen, darf nicht durchbrochen werden, nur um einen Spezialfall befriedigend lösen zu können.

Losgelöst von den gesetzlichen Regeln und losgelöst von § 110 BGB stellt die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis ³⁾ ein unwirksames, aber vollzogenes Arbeitsverhältnis einem voll wirksamen Vertrag weitgehend gleich. Problematisch ist jedoch, wie sich diese Lehre vom faktischen Vertrag mit dem Prinzip des Minderjährigenschutzes vereinbaren läßt. Zwar berücksichtigt diese

1) Riezler, Seite 134 ff.

2) Oertmann, Kommentar, § 110 Anmerkung 7; derselbe, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Seite 99.

3) Insbesondere Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, Seite 19 ff (vergleiche auch Fußnote 44).

Lehre das Schutzprinzip in folgendem Maße: Die Lehre vom faktischen Vertrag ist dann unanwendbar, wenn ein Minderjähriger beteiligt ist, es sei denn, der Minderjährige hat seine Leistung bereits erbracht¹⁾. Dieser Satz schränkt allerdings die Lehre vom faktischen Vertrag nur scheinbar ein. Denn der Minderjährige muß ohnehin seine Leistung erbracht haben, damit ein vollzogenes Arbeitsverhältnis, eine der Voraussetzungen des faktischen Vertrags, vorliegt.

Gegen die Lehre vom faktischen Vertrag ist auch einzuwenden, daß sie sich nur auf **A r b e i t s**verhältnisse, also auf Dauerschuldverhältnisse bezieht²⁾. Unberücksichtigt bleiben die Fälle, in denen der Minderjährige nur eine gelegentliche Tätigkeit ausübt, wenn er zum Beispiel manchmal Zeitungen austrägt oder wenn er als Schüler gelegentlich Botengänge übernimmt.

Weiterhin ist durch den Terminus "faktischer Vertrag" nichts gewonnen, da speziell im Minderjährigenrecht eine Interessenbewertung stattfinden muß. So bleibt unklar, ob bei einem Vertrag mit einem beschränkt Geschäftsfähigen diesem nur Rechte³⁾ erwachsen oder ob er auch verpflichtet⁴⁾ wird. Die Lehre vom faktischen Vertrag läßt gerade im Minderjährigenrecht viele Fragen offen.

Larenz⁵⁾ geht bei der Frage, wie Arbeitsverhältnisse Minderjähriger zu behandeln sind, einen Mittelweg. Ebenso wie er in manchen Fällen den § 110 BGB analog anwendet, erkennt er daneben die Lehre vom faktischen Vertrag an. Er will die Grenze zwischen beiden nach der Häufigkeit der vom Minderjährigen vorgenommenen Tätigkeit ziehen. Auf ein länger andauerndes Arbeitsverhältnis, zu dem die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters fehlt, seien die Regeln des faktischen Arbeitsverhältnisses anzuwenden. Dagegen werde der Vertrag gemäß § 110 BGB geheilt, wenn es sich um eine

1) Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 32 III 2b; Brox, Rdn. 13; aA Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, Seite 143.

2) Palandt, Einf. vor § 145 Anmerkung 5 c; Beuthin, RdA 69, 161 ff; Canaris, BB 67, 165 ff; Erman, vor § 145 Rdn. 63 und § 611 Rdn. 61 ff.

3) Hueck-Nipperdey, Bd. I, § 32 III 2 b.

4) Nikisch, Bd. 1, Seite 218.

5) Larenz, AT, Seite 93.

gelegentliche Tätigkeit¹⁾ handele und die Eltern dem Minderjährigen diese Tätigkeit nicht gerade verboten haben.

Auch Soergel-Siebert²⁾, Heuking³⁾ und Canaris⁴⁾, um nur einige Vertreter aus der neueren Literatur zu nennen, wenden den § 110 BGB nicht an, sondern schlagen andere Wege vor.

Von den in der Literatur erörterten Lösungen scheint die von Larenz die praktikabelste und dogmatisch korrekteste zu sein: Nach den Regeln des faktischen Vertrages sind alle fehlerhaften Arbeitsverhältnisse abzuwickeln, auch die von Minderjährigen. Für die gelegentlichen Tätigkeiten des Minderjährigen ist dagegen § 110 BGB einschlägig. Die Arbeitskraft des Minderjährigen zählt also zu den überlassenen Mitteln im Sinne des § 110 BGB unter den Voraussetzungen, daß nur eine gelegentliche Tätigkeit vorliegt und daß der gesetzliche Vertreter diese Tätigkeit nicht verboten hat.

2. In welchem Umfang werden diese Verträge wirksam?

Auch wenn der Minderjährige die geschuldete Leistung erbringt, ist es nicht sicher, ob der gesamte Vertrag gültig ist. Wird der Minderjährige auch mit **P f l i c h t e n** belastet und muß er zum Beispiel bei Schlechtleistung Schadenersatz leisten? Diese Frage ist zu bejahen. Wie bereits dargelegt⁵⁾, steht der Begriff der "vertragsmäßigen Leistung" in § 110 solchen Pflichten des Minderjährigen nicht entgegen. Denn nach § 110 BGB kommt ein vollwirksamer Vertrag zustande. Aus diesem Grunde ist es geboten, dem Minderjährigen auch alle vertraglichen Pflichten aufzuerlegen.

1) Ähnlich Schlegelberger-Vogels-Becker, § 110 Rdn. 6: "Es genügt, daß der gesetzliche Vertreter gelegentlichen, nicht näher bestimmten Dienstleistungen des Minderjährigen zugestimmt hat."

2) Soergel-Siebert, § 110 Rdn. 6 und vor § 104 Rdn. 32.

3) Heuking, Seite 9 ff.

4) Canaris, BB 67, 170.

5) Oben Seite 74 ff.

Zweifelhaft ist ferner, ob eine Klausel, die einseitig zu Lasten des Minderjährigen geht, gültig ist. Nach der hier vertretenen Meinung, daß § 110 BGB nur für gelegentliche Tätigkeiten des Minderjährigen Anwendung findet, ist diese Gefahr nicht allzu groß. Denn für diese Tätigkeiten werden in der Regel keine diffizilen Vertragsklauseln aufgestellt. Daß dieses Problem aber bereits vor langer Zeit auftauchte, belegt eine Gerichtsentscheidung aus dem Jahre 1854 ¹⁾:

"Nach konstanter Praxis sind Minderjährige befugt, ohne Beistand ihres Vaters Dienstverträge o h n e u n - g e w ö h n l i c h e K l a u s e l n abzuschließen."

Zur Lösung des Problems, ob auch unübliche Klauseln gemäß § 110 wirksam werden, hilft ein Vergleich mit § 113 BGB. Nicht einmal bei einer Ermächtigung gemäß § 113 BGB wird eine unübliche Klausel wirksam²⁾. Dies muß in gleichem Maße bei § 110 BGB gelten, schon um die Möglichkeit der Gesetzesumgehung zu vermeiden.

3. Der Lohn als "überlassenes Mittel"

Minderjährige, die im Berufsleben stehen, erhalten für ihre Tätigkeit in der Regel ein Entgelt. Häufig dürfen sie den gesamten Lohn oder einen Teil davon "behalten", das heißt, sie dürfen ihn nach freiem Belieben verwenden. Wie aber ist die Erlaubnis des gesetzlichen Vertreters, daß der Minderjährige die Mittel behalten und verwenden darf, juristisch einzuordnen? Liegt darin eine Zustimmung im Sinne der §§ 107, 108 BGB? Oder ist ein Fall des § 110 gegeben? Welcher Fall, das heißt welche Alternative des § 110 könnte vorliegen?

Es handelt sich hierbei nicht um das vorher erörterte Problem, ob die Arbeitskraft als ein dem Minderjährigen überlassenes Mittel behandelt werden kann. Auch falls man letzteres bejaht, ist die Frage nach der Verfügungsberechtigung des Minderjährigen

1) Seuff. Arch, XX Nr. 25.

2) Vergleiche RAG 1, 355 und LAG Berlin, AP Nr. 1.

über seinen Lohn noch unentschieden. Der gesetzliche Vertreter kann eine gelegentliche, entgeltliche Tätigkeit des Minderjährigen, die in der Vergangenheit liegt, unwidersprochen lassen, ja er kann einem Arbeitsvertrag sogar zustimmen, ohne daß er dem Minderjährigen den Lohn überläßt.

Ferner wäre es falsch, aus der entsprechenden Anwendung des § 110 auf die Arbeitskraft zu schließen, daß auch das *S u r - r o g a t* der Arbeit, nämlich der Lohn, überlassen ist. Nach der überwiegenden Meinung in der Literatur ¹⁾ kann der Minderjährige, der gemäß § 113 BGB zum Abschluß eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses ermächtigt wurde, nicht über den Arbeitsverdienst verfügen.

Die Möglichkeit der Lohnüberlassung wurde bereits in den Motiven gesehen ²⁾:

"Eine stillschweigende (Überweisung) kann insbesondere in Ermangelung anderweitiger Bestimmung des gesetzlichen Vertreters anzunehmen sein, wenn der Minderjährige den Lebensunterhalt sich selbst verdient und der Vertreter ihm das Erworbene beläßt."

Dem schließt sich heute die Literatur ³⁾ und die Rechtsprechung ⁴⁾ an.

Zunächst ist festzustellen, ob bereits darin, daß der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen den Lohn beläßt, eine *Z u - s t i m m u n g* zu allen schuldrechtlichen Verträgen liegt, die der Minderjährige in Zukunft schließt. Dann bedürfte es des § 110 BGB gar nicht mehr, weil die Verträge bereits gemäß § 107 BGB wirksam wären. Diese Lösung ist jedoch unrichtig, eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kann nicht angenommen werden. Wie bereits dargestellt ⁵⁾, fehlt es an der nötigen Bestimmtheit der Zustimmungserklärung. Der gesetzliche Vertreter

1) Palandt, § 113 Anmerkung 4; Soergel-Hefermehl, § 113 Rdn. 5.

2) Mugdan, Motive zum BGB, Seite 434.

3) Palandt, § 110 Anmerkung 2; Staudinger, § 110 Rdn. 5; aA Schulz, DB 63, 407.

4) OLG Celle, NJW 70, 1750.

5) Vergleiche dazu die Ausführungen auf Seite 52 ff.

weiß nicht, ob der Minderjährige ein Geschäft eingeht und welcher Art es ist. Die Erteilung einer derart weitgehenden Zustimmung widerspräche ferner dem Schutzprinzip. Danach muß der Vertreter in der Lage sein, Art und Umfang der Verpflichtung des Minderjährigen zu übersehen. Deshalb liegt im Belassen des Arbeitslohnes keine Zustimmung für weitere Verträge.

Doch könnte im "Belassen" des Lohnes eine "Mittelüberlassung" im Sinne des § 110 BGB liegen. Insbesondere könnte eine "Überlassung durch einen Dritten" - nämlich durch den Arbeitgeber - im Sinne des § 110 3. Alternative BGB anzunehmen sein¹⁾. Dagegen spricht jedoch, daß sich der Arbeitgeber bei der Übergabe des Entgelts keine Gedanken macht, auf welche Weise der Minderjährige das Geld verwendet. Da die Übergebenen Mittel ein Entgelt für geleistete Arbeit darstellen, wird sich der Empfänger auch keine Vorschriften über deren Verwendung machen lassen. Es wäre willkürlich, wenn man einerseits in der Zahlung des Entgelts an einen Geschäftsführer nur eine Übereignung sehen würde, andererseits in der Zahlung an einen Minderjährigen zusätzlich eine "Überlassung zur freien Verfügung" erblicken würde. Weiterhin ist gegen die Anwendung des § 110 3. Alternative BGB anzuführen, daß der Minderjährige Eigentümer des Übergebenen Geldes wird, § 107 BGB. Von nun an obliegt es nur ihm und seinem gesetzlichen Vertreter, wie mit dem Eigentum verfahren wird.

Somit liegt es nahe, eine "Überlassung zur freien Verfügung durch den gesetzlichen Vertreter" gemäß § 110 2. Alternative BGB anzunehmen, wenn er dem Minderjährigen das Entgelt beläßt. Dadurch, daß der Vertreter nicht die Ablieferung des Lohnes verlangt, offenbar er, mit der Mittelverwendung durch den Minderjährigen einverstanden zu sein. Will er dies nicht, so wird er die Ablieferung des gesamten Entgelts oder eines Teils davon fordern. Der gesetzliche Vertreter kann dem Minderjährigen aber auch gewisse Zweckbestimmungen auferlegen, zum Beispiel diejenige, daß der Minderjährige einen gewissen Betrag auf einer Bank spart.

1) Daß die Überlassung nicht unentgeltlich erfolgen muß, wurde bereits oben auf Seite 69 erörtert.

Voraussetzung für eine derartige Interpretation der Belassung des Lohns ist immer, daß der Vertreter vom Empfang und der Höhe des Entgelts Kenntnis hat. Aus dem Umstand allein, daß der Minderjährige den Lohn in Händen hat, darf nicht gefolgert werden, daß der gesetzliche Vertreter die Mittel im Sinne des § 110 BGB auch tatsächlich überlassen hat.

4. Der minderjährige Arbeitgeber

Wenn ein Arbeitsvertrag wegen der Minderjährigkeit einer Person ungültig ist, liegt das in der Regel daran, daß der Arbeitnehmer geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist. Bedeutend seltener ist dagegen der Fall, daß der Arbeitgeber beschränkt geschäftsfähig ist. Gerade nach Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf das vollendete 18. Lebensjahr wird dies kaum noch vorkommen.

Zunächst soll auch hier festgestellt werden, in welchen Fällen § 110 nicht zum Zuge kommt. Eine Heilung des Vertrages über § 110 BGB ist nur dann möglich, wenn weder eine Zustimmung zu diesem Vertrag noch eine Ermächtigung im Sinne des § 112 BGB erfolgte. Wenn der gesetzliche Vertreter eine Ermächtigung im Sinne des § 112 BGB ausgesprochen hat, die vormundschaftliche Genehmigung aber nicht erfolgte, kann man annehmen, daß zumindest eine Zustimmung gemäß §§ 107, 108 BGB gewollt war. In diesem Fall kann aber die konkrete Zustimmung fehlen, zum Beispiel, wenn der gesetzliche Vertreter nur dann mit der Einstellung von Arbeitskräften einverstanden ist, wenn und soweit Ertragnisse dem beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgeber in die Lage versetzen, anfallende Lohnansprüche zu befriedigen¹⁾. Wenn also weder eine Zustimmung noch eine Ermächtigung zum Vertragsabschluß durch den gesetzlichen Vertreter vorlag, kann § 110 BGB zur Anwendung kommen.

Für die Heilung des Arbeitsvertrages gemäß § 110 BGB ist zunächst

1) Heuking, Seite 19 ff.

nötig, daß der Minderjährige seine Leistung erbracht hat, das heißt, daß er den Lohn an den Arbeitnehmer gezahlt hat. Weiterhin ist erforderlich, daß der zu zahlende Lohn an den Minderjährigen überlassen wurde ¹⁾. Hieran wird es oft fehlen. Denn falls der gesetzliche Vertreter den Vertrag will, wird er oft eine Zustimmung erteilen oder den Minderjährigen rechtswirksam für diese Geschäfte ermächtigen.

§ 110 BGB geht von der vollständigen Erfüllung aus. Der Minderjährige muß somit den gesamten Lohn bezahlt haben. Da die Lohnzahlung in gewissen Zeitabständen (wöchentlich oder monatlich) erfolgt, sind bei Verträgen, die für eine ungewisse Zeitdauer geschlossen sind, die Voraussetzungen der Teilwirksamkeit gemäß §§ 110, 139 zu prüfen. Der mutmaßliche Parteiwille bei einem Arbeitsvertrag geht grundsätzlich dahin, den Vertrag nur im Hinblick auf die g e s a m t e Laufzeit abzuschließen. Folglich tritt in der Regel keine Teilwirksamkeit ein. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Schutzprinzip. Denn der Abschluß eines Arbeitsvertrages bringt für den Arbeitgeber erhebliche Gefahren und Verpflichtungen mit sich, zum Beispiel die Pflicht, den Arbeitgeberanteil zu den Sozialversicherungen abzuführen, die Haftungspflicht aus § 618 BGB, die Schadensgefahr bei gefahrgeneigter Arbeit usw.. Aus diesen Gründen verlangt auch das Gesetz in § 112 BGB für den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, der eine ähnliche Risikolage für den Minderjährigen bearbeitet, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Folglich tritt bei Verträgen, die ein minderjähriger Arbeitgeber geschlossen hat, grundsätzlich keine Teilwirksamkeit ein.

Diesem Ergebnis könnten allerdings die Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen, der den Lohn als Ausgleich für die geleistete Arbeit behalten möchte. Im BGB wird jedoch das Vertrauen in die Geschäftsfähigkeit einer Person in keiner Weise geschützt. Wenn man die Teilwirksamkeit des Vertrages gemäß §§ 110, 139 BGB ablehnt, so heißt das schließlich noch nicht, daß der Arbeitnehmer

1) Dieses Merkmal wird von Heuking, Seite 20, zu Unrecht außer acht gelassen.

gar keine Abgeltung für seine Arbeitsleistung bekommen soll. Zur Lösung, die außerhalb der Aufgabenstellung des § 110 liegt, bieten sich entweder ein Abgeltungsanspruch, wie ihn Canaris¹⁾ vor schlägt, oder der bereicherungsrechtliche Anspruch an²⁾.

Als E r g e b n i s ist somit festzuhalten: Schließt ein Minderjähriger ohne Zustimmung und ohne Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters mit einem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag, so wird dieser Vertrag nicht nach § 110 BGB wirksam.

II. Die Anmietung von Kraftfahrzeugen

Vor Herabsetzung des Volljährigkeitsalters hatte § 110 BGB große Bedeutung bei der Anmietung von Kraftfahrzeugen durch Minderjährige, was an der erheblichen Anzahl von Gerichtsentscheidungen zu ersehen ist, die zu dieser Frage ergangen sind. Heute spielt das Minderjährigenrecht bei der Kraftfahrzeugmiete nur eine geringe Rolle, da die Jugendlichen grundsätzlich erst mit 18 Jahren den Pkw-Führerschein erwerben können und dann auch zum selbständigen Abschluß von Mietverträgen in der Lage sind.

Vorab ist festzustellen, daß die §§ 104 ff BGB auch im Mietrecht anwendbar sind, so die ganz herrschende Meinung³⁾. Die Lehre vom faktischen Mietverhältnis konnte sich hier nicht durchsetzen.

1. Die Heranziehung des § 110 BGB erübrigt sich dann, wenn eine Z u s t i m m u n g des gesetzlichen Vertreters zum Abschluß des Mietvertrages gegeben ist. Von seiten der gewerblichen Kraftfahrzeugvermieter wurde die Zustimmung zum Mietvertrag auf folgende Weise konstruiert: Dadurch, daß der gesetzliche Vertreter dem

1) Canaris, BB 67, 170.

2) Flume, § 13 Nr. 7 dd, Seite 207, schlägt eine Billigkeitslösung vor: "Man sollte jedoch entsprechend § 829 die Haftung des Minderjährigen jedenfalls annehmen, soweit es die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten erfordert. Insbesondere sollte dies für die Haftung aufgrund der Schutzvorschriften (§ 618) gelten."

3) Eine umfangreiche Zusammenstellung der Gegner und Befürworter dieser Lehre findet sich bei Merkel, Seite 37 ff.

Minderjährigen erlaubt, den Führerschein zu erwerben, und ihm den Besitz des Führerscheins gestattet, gibt der gesetzliche Vertreter zu erkennen, daß er mit der Anmietung eines Kraftfahrzeugs durch den Minderjährigen einverstanden sei. Dem folgte der dritte Senat des OLG Hamm¹⁾ mit dieser Begründung:

"Wenn der Minderjährige kein eigenes Kraftfahrzeug hat und wenn der gesetzliche Vertreter ihm den Führerschein gleichwohl beläßt, so liegt darin auch das Einverständnis dazu, daß der Minderjährige sich gelegentlich Fahrmöglichkeiten verschafft, daß er sich ein Kraftfahrzeug zum Selbstfahren leiht oder mietet. Anders kann die Bedeutung der Belassung des Führerscheins an einen Minderjährigen, der nicht Eigentümer eines Kraftfahrzeugs ist, nicht verstanden werden

Wenn der gesetzliche Vertreter sein Einverständnis nicht so weitgehend erteilen will, wird er sich in aller Regel den Führerschein vom Minderjährigen aushändigen lassen und ihm denselben nur von Fall zu Fall für eine bestimmte Fahrt mit einem Leih- oder Mietfahrzeug zurückgeben."

Dieses Ergebnis wurde von vielen Gerichten²⁾ und von der Literatur hellig³⁾ abgelehnt. Die Entscheidung des OLG Hamm ist weder vereinbar mit der Praxis, noch wird sie dem Minderjährigenschutz gerecht, noch entspricht sie den dogmatischen Anforderungen. Im täglichen Leben will der gesetzliche Vertreter nicht zugleich der Kraftfahrzeuganmietung zustimmen, wenn er dem Minderjährigen den Führerschein beläßt. Die Ablieferung des Führerscheins an den gesetzlichen Vertreter ist völlig unüblich. Es ist durchaus sinnvoll, wenn der gesetzliche Vertreter den Führerschein in den Händen des Minderjährigen beläßt, ohne zugleich einer Kraftfahrzeuganmietung zuzustimmen. Denn der Minderjährige erhält so die Möglichkeit, ein Kraftfahrzeug zu benutzen, ohne vertragliche Bindungen einzugehen. Er kann zum Beispiel das Kraftfahrzeug von

1) OLG Hamm, NJW 61, 1120.

2) Auch OLG Hamm (4. Senat), NJW 66, 2357; OLG Celle, VersR 64, 101 und NJW 70, 1850; OLG Düsseldorf, BB 64, 786; OLG München, VersR 66, 1062; LG Göttingen, NJW 62, 639; LG Bielefeld, NJW 63, 908; LG Münster NJW 64, 51.

3) Pawlowski, Jus 67, 303 mwN; Beuthin, DAR 61, 332.

Bekannten benutzen und so seine Fahrkenntnisse fortbilden, ohne mit mietvertraglichen Pflichten (zum Beispiel mit der Verschuldenshaftung nach § 282 BGB oder gar mit einer Zufallshaftung) belastet zu werden.

Auch aus dogmatischen Gründen ist die Ansicht des OLG Hamm abzulehnen. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wäre zu unbestimmt ¹⁾. Denn ihm ist unbekannt, ob der Minderjährige überhaupt einen Vertrag schließen wird und welchen Inhalt der Vertrag hat. Nach Beuthin ²⁾ fehlt die vermögensrechtlich konkretisierte Zustimmung; erst diese sei eine rechtsgeschäftliche Zustimmung im Sinne des § 108 BGB. Ferner fehlt es an dem subjektiven Element einer stillschweigend erteilten Zustimmung. Der gesetzliche Vertreter ist sich in der Regel nicht bewußt, sein Stillschweigen werde im Verkehr als Zustimmung aufgefaßt ³⁾. Auch das LG Münster ⁴⁾ lehnt die Auslegung, in der Belassung des Führerscheins liege eine generelle Zustimmung, mit folgender Begründung ab:

"Will man soweit gehen, in dem Belassen des rechtmäßig erworbenen Führerscheins eine generelle Zustimmung zu sehen, so wird das im § 110 BGB als Sonderfall unterstellte Erklärungsbewußtsein auf einen völlig anders gelagerten Tatbestand ausgedehnt, bei dem für den Minderjährigen erheblich größere Risiken auf dem Spiele stehen."

Somit führt allein der Umstand, daß dem Minderjährigen der Führerschein belassen wurde, nicht zur Wirksamkeit eines Mietvertrages gemäß §§ 107, 108 BGB.

1) Pawlowski, Jus 67, 303 mwN; Beuthin, DAR 61, 332.

2) Beuthin, DAR 61, 332.

3) So RG in HRR 28, Nr. 106.

4) NJW 64, 51.

2. Der Mietvertrag könnte gemäß § 110 BGB wirksam werden, wenn der Minderjährige den Mietzins bezahlt hat. Zu diesem Problem liegt eine Entscheidung des OLG Hamm¹⁾ vor. Dieses Gericht hielt einen Minderjährigen im Rahmen des § 110 BGB für befugt, mit seinem Taschengeld ein Motorrad für eine eintägige Vergnügungsfahrt anzumieten. Dieser Zweck sei vom gesetzlichen Vertreter nicht ausgeschlossen worden. Die generelle Gefahr der Schadenshaftung begründe für sich keine stillschweigende Zweckbestimmung, daß eine Kraftfahrzeuganmietung ausgeschlossen sein soll.

Beuthin²⁾ legt für diesen Fall einen strengeren Maßstab an. Danach ist ein Mietvertrag nur dann gemäß § 110 wirksam, wenn die Anmietung nur gelegentlich erfolgt und wenn es sich nicht um ausgesprochene oder ungewöhnliche Luxusfahrten handelt. Diese Einschränkung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die Gefahr, daß der Minderjährige einen Verkehrsunfall verursacht und hieraus haften muß, ist gleich groß - einerlei, ob sich der Minderjährige auf einer Geschäftsreise befindet oder ob er eine Spazierfahrt unternimmt. Somit darf nicht auf die Gefährlichkeit der speziellen Lebensbetätigung des Minderjährigen, zum Beispiel die Spazierfahrt, abgestellt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Kraftfahrzeuganmietung und die tatsächliche Benützung des Kraftfahrzeugs generell so gefährlich sind, daß das Schutzprinzip diesen Vertraustypus von § 110 BGB ausnehmen will. Dies ist zu verneinen. Zwar bringt die Kraftfahrzeugbenützung durch Minderjährige Gefahren mit sich, da jugendliche Fahrer ihre Fähigkeiten am Steuer oft überschätzen. Doch ist im Ergebnis dem OLG Celle³⁾ zu folgen, wenn es ausführt: Das Argument der besonderen Gefährlichkeit ist abzulehnen, da dies eine Verallgemeinerung enthalte und weil "die flotte Fahrweise oftmals durch großes Fahrgeschick ausgeglichen wird."

Auch die zweite Einschränkung durch Beuthin, daß ein Kraftfahrzeugmietvertrag nur bei gelegentlicher Anmietung wirksam wird, ist abzulehnen. Der streitentscheidende Richter

1) VersR 54, 218.

2) Beuthin aaO.

3) OLG Celle, NJW 70, 1851.

würde vor unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten gestellt werden. Dies wird anhand folgenden Falles offenkundig: Wenn ein Minderjähriger jeden Tag einen selbständigen Mietvertrag über ein Kraftfahrzeug abschließt, und dies über einen längeren Zeitraum hinweg, dann ist sicherlich die Grenze der "gelegentlichen Anmietung" überschritten. Zu fragen wäre aber: Bis zu welchem Tage war die Anmietung noch "gelegentlich", von welchem Tage an ist die Grenze überschritten, mit der Folge, daß die nachfolgenden Verträge unwirksam sind? Diese Frage läßt sich nicht zufriedenstellend beantworten. Deshalb kann an der zusätzlichen Voraussetzung der "gelegentlichen Anmietung" nicht festgehalten werden.

Als E r g e b n i s ist festzuhalten, daß auch Mietverträge über Kraftfahrzeuge nach § 110 BGB wirksam werden können.

3. Die Anwendbarkeit des § 110 könnte aber durch P a r t e i - v e r e i n b a r u n g ausgeschlossen sein. Oftmals findet sich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kraftfahrzeugvermieter die Klausel, daß eine Vermietung "ohne Zustimmung" beziehungsweise "ohne Einwilligung oder Genehmigung" nicht zulässig sei¹⁾. Daraus könnte man bei strenger Auslegung des Wortlauts der allgemeinen Geschäftsbedingungen schließen, daß a l l e i n d i e Z u s t i m m u n g hinreichend ist, um den schuldrechtlichen Vertrag wirksam zu machen. § 110 BGB enthält aber - nach der hier vertretenen Meinung - keine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag. Folglich - so könnte man argumentieren - kann § 110 BGB nie zur Anwendung kommen, wenn diese Klausel vereinbart ist. Dieses Problem wurde in der Rechtsprechung²⁾ bis-

1) So die Empfehlungen des Fachverbandes der gewerblichen Kfz-Vermieter. Entsprechende Klauseln finden sich in den Entscheidungen in NJW 70, 1850, DAR 65, 77 und NJW 69, 614.

2) Das OLG Celle, NJW 70, 1850 geht auf dieses Problem nicht ein. Das OLG Düsseldorf, DAR 65, 77 erkennt die Kollision zwischen der AGB-Klausel und § 110, sieht aber im konkreten Fall keine Veranlassung zur Beantwortung dieser Frage. Denn der Vermieter schloß den Mietvertrag in Kenntnis des entgegenstehenden Willens des gesetzlichen Vertreters: "... dann ist die nach § 110 vermutete Einwilligung des gesetzlichen Vertreters widerlegt und der geschlossene Vertrag nicht nach dieser Vorschrift wirksam."

lang nicht erörtert. Der Wortlaut der Klausel ist objektiv eindeutig, da dem Terminus "Zustimmung" ein fest umrissener juristischer Begriffsinhalt zukommt. Doch ist anzunehmen, daß die Verfasser der Geschäftsbedingungen den Fall des § 110 BGB übersehen haben. Die - oftmals unbeabsichtigte - Abdingung des § 110 ist aufgrund der Privatautonomie zulässig. Denn ein Vertragsteil kann seine Willenserklärung - sei es das Angebot oder die Annahme - davon abhängig machen, daß zu der Willenserklärung des Minderjährigen ein **b e s t i m m t e r** Mitwirkungsakt des gesetzlichen Vertreters - hier die Zustimmung im Sinne des § 107, 108 BGB - hinzutritt. Es ist also rechtlich möglich, daß der Vertragspartner nur die **Z u s t i m m u n g** oder die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters als ausreichend ansieht.

Dieser Standpunkt ist auch in gewissen Fällen wirtschaftlich sinnvoll. Fordert zum Beispiel ein Arbeitgeber eine Ermächtigung im Sinne des § 113 BGB für die Vertragswirksamkeit, so hat dies für ihn den Vorteil, daß er die weitere Vertragsabwicklung allein mit dem Minderjährigen vornehmen kann, zum Beispiel an ihn den Lohn zahlen oder gegen ihn prozessieren kann. Ähnlich liegen die Dinge auch beim Ausschluß des § 110 BGB in den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Oftmals verlangen die Vermieter, daß "der gesetzliche Vertreter zustimmt, mit unterschreibt und dadurch die volle Haftung auch im eigenen Namen übernimmt"! Diese Klausel besagt einmal, daß der Mietvertrag, durch den der Minderjährige verpflichtet wird, allein durch die Zustimmung im Sinne des § 107, 108 BGB wirksam wird. Darüber hinaus wird eine selbständige Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters begründet. Wenn sich nun der Vermieter auf den "Alles-oder-Nichts-Standpunkt" stellt, indem er neben der Haftung des Minderjährigen gemäß § 107 auch die Haftung des gesetzlichen Vertreters begründen will, dann darf keine Auslegung gegen diesen offenkundigen Willen erfolgen; dem widerspräche es, wenn allein der Minderjährige gemäß § 110 BGB verpflichtet würde. Etwas anderes ergibt sich aber dann, wenn zum Beispiel nur die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verlangt wird, daran aber keine weitere Haftung, ins-

1) DAR 65, 77.

besondere keine Eigenhaftung des gesetzlichen Vertreters geknüpft wird.

Z u s a m m e n f a s s e n d ist festzustellen, daß eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Mietvertrag verlangt und darüber hinaus eine Eigenhaftung des gesetzlichen Vertreters begründet, grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 110 BGB ausschließt.

III. Versicherungsverträge Minderjähriger

Die Zahl der von Minderjährigen abgeschlossenen Versicherungsverträge nahm in den letzten Jahren ständig zu. Das läßt sich insbesondere auf die steigende Zahl der Kraftfahrzeuge (insbesondere der den Personenkraftwagen) zurückführen, die sich in der Hand von Jugendlichen befinden und die der Pflichtversicherung (gemäß § 1 PflVersG) unterliegen.

Die besondere Bedeutung des Minderjährigenrechts für den Abschluß von Versicherungsverträgen liegt im folgenden: Hat ein Minderjähriger einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einzuholen, so ist der Vertrag schwebend unwirksam, da er infolge der Beitragspflicht des Versicherungsnehmers nicht bloß einen rechtlichen Vorteil bringt. Ist in der Schwebezeit der Versicherungsfall **n i c h t e i n g e t r e t e n**, so wird der gesetzliche Vertreter oftmals die Genehmigung verweigern und den vom Minderjährigen eingezahlten Betrag zurückfordern. Ist dagegen der Versicherungsfall in der Schwebezeit **e i n g e t r e t e n**, wird der gesetzliche Vertreter häufig den Vertrag genehmigen und so die Versicherung in Anspruch nehmen. Darüber hinaus steht dem Versicherer regelmäßig kein Widerrufsrecht gemäß § 109 I zu, da im Vertragsformular oft die Angabe des Geburtsdatums des Versicherungsnehmers verlangt wird; er kennt die Minderjährigkeit, so daß ihm grundsätzlich das Widerrufsrecht gemäß § 109 II versagt ist.

Zur Vermeidung dieser Lage, die **ü b e r** das vertragliche Versicherungsrisiko hinausgeht, ist den Versicherungen daran gele-

gen, daß der Vertrag sich nicht im Schwebезustand befindet, sondern entweder sofort bei Vertragsschluß wirksam ist oder a priori unheilbar unwirksam ist. Die Vertragswirksamkeit kann einmal aus einem Generalkonsens resultieren, der zugleich die Anwendbarkeit des § 110 BGB ausschließt. Weiterhin kann sie sich aus § 110 BGB ergeben. Diese Norm ist geeignet, den Vertrag sofort wirksam zu machen, wenn die Beiträge im voraus geleistet werden.

1. Der Generalkonsens zum Abschluß einer Kfz-Versicherung

Das Vorliegen eines Konsenses wird an folgendem Tatbestand diskutiert. Umfaßt die Zustimmung zum Kfz - Kauf auch diejenige zum Abschluß einer Haftpflichtversicherung¹⁾? Zwar ist heute allgemein bekannt, daß es Pflicht ist, eine Kfz-Versicherung abzuschließen. Wenn der gesetzliche Vertreter also der Begründung der Haltereigenschaft zustimmt, ist er sich auch im klaren, daß ein Versicherungsvertrag abgeschlossen werden muß. Das heißt aber nicht, daß er zugleich jedem Versicherungsvertrag zustimmt. Da nur der Abschluß (§ 1 PrLVG, einschließlich der Mindestdeckungshöhe (Anlage zu § 4 II PrLVG)) gesetzlich vorgeschrieben ist, viele Modalitäten (wie zum Beispiel eine höhere Versicherungssumme, Insassenversicherung, Teilkasko) noch offen sind, kann in der Zustimmung zum Kauf nicht zugleich eine Zustimmung zum Abschluß des Versicherungsvertrages erblickt werden. Vielmehr wird der gesetzliche Vertreter die finanzielle Lage des Jugendlichen, die Gefährlichkeit des Fahrzeuges (Sportwagen, Motorrad), das Fahrverhalten, die Geschicklichkeit und andere Umstände bei der Entscheidung berücksichtigen, welchem Vertrag er zustimmen soll.

1) BGH 47, 352 ff (358) läßt die Frage offen. Rohde, VerR 60, 296 stimmt dem zu.

2. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von Versicherungsverträgen

Fehlt eine Einwilligung zum Versicherungsvertrag gemäß § 107 BGB, so könnte die Vertragswirksamkeit aus § 110 BGB hergeleitet werden. Für die Anwendung des § 110 stellt sich die Frage, ob die Mittelüberlassung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß §§ 1822 Nr. 5, 1644 BGB unterliegt. Unproblematisch sind die Versicherungsverträge, die auf unbestimmte Zeit angelegt sind (zum Beispiel Kfz-Pflichtversicherung). Obwohl auch diese über die in § 1822 Nr. 5 normierte Frist hinausgehen, ist nach hM¹⁾ eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung unnötig - denn der Minderjährige kann den Vertrag durch Kündigung jederzeit beenden.

Problematisch ist dagegen, ob eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Lebensversicherungen notwendig ist, wenn die Vertragsdauer festgelegt ist, wenn ferner der Vertrag länger als ein Jahr nach Vollendung des 18. Lebensjahres bestehen soll und wenn schließlich eine laufende Prämienzahlungspflicht vereinbart ist. Die Meinungen in der Literatur sind hierzu geteilt. Hedemann²⁾ und Adam³⁾ halten die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für erforderlich, Bruck-Möller⁴⁾, Schmidt⁵⁾ und Woltereck⁶⁾ lehnen sie dagegen ab.

a. Lösung nach den Grundsätzen der BGH-Entscheidung vom 30.6.58⁷⁾

Vorab ist festzustellen, daß die BGH-Entscheidung nicht den Fall des § 110 in Verbindung mit 1822 Nr. 5 BGB betrifft, sondern den des § 1902 II BGB. Dennoch ist das Urteil einschlägig, da auch dort eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist

1) Woltereck, VersR 65, 651; Brockmann ZfV 57, 230.

2) Hedemann, VersR 52, 190.

3) Adam, ZfV 64, 625.

4) Bruck-Möller, § 1 Anmerkung 69.

5) Schmidt, VersR 66, 313.

6) Woltereck, VersR 65, 649.

7) BGH 28, 76.

für Verträge, die eine gewisse Zeitdauer überschreiten. In den Gründen stellt der BGH fest, daß eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung - trotz Überschreitung der gesetzlich festgelegten Vertragsdauer - unnötig sei, wenn die frühere Lösbarkeit des Vertrages mit einer kurzen Vertragsdauer verglichen werden könne. Dies sei dann anzunehmen, wenn erstens die Möglichkeit der Kündigung bestehe, zweitens der Schutz des Mündels beziehungsweise Minderjährigen nicht dadurch gefährdet ist, daß die Kündigung leicht übersehen werde, und drittens für den Mündel infolge der vorzeitigen Kündigung kein Vermögensverlust entstehe .

Die e r s t e vom BGH geforderte Voraussetzung, daß die Möglichkeit der Kündigung gegeben sein muß, erfüllt § 110 dem Sinn nach. Zwar ist bei § 110 keine Kündigung nötig. Gleichwohl wird der Vertrag durch einfache Nichtleistung zumindest für die Zukunft nicht gültig. Der besondere Lösungstatbestand des § 110 ist in diesem Zusammenhang der Kündigung vergleichbar: Der Sinn des § 1822 Nr. 5 ist, den Minderjährigen mit Eintritt der Volljährigkeit die Handlungsfähigkeit auch faktisch zu gewähren und ihm nicht einen mit Verpflichtungen belasteten Start zu geben. Entscheidend ist also allein eine leichte Lösungsmöglichkeit vom Vertrag. Und die ist auch § 110 gewährleistet.

Auch das z w e i t e Erfordernis ist bei § 110 erfüllt. Der BGH verlangt, daß der Minderjährigenschutz nicht dadurch gefährdet wird, daß die Kündigung leicht übersehen wird. Bei § 110 genügt nämlich die Nichtleistung des Minderjährigen, um sich von zukünftigen Verpflichtungen zu lösen. Eine förmliche Willenserklärung ist nicht nötig, so daß auch nicht die Gefahr besteht, daß die Abgabe der Kündigungserklärung übersehen wird.

D r i t t e n s darf - so der BGH - die Lösung vom Vertrag innerhalb der gesetzlich normierten Frist nicht mit einem Vermögensverlust verbunden sein.

Geht man davon aus, daß der Vertrag nach § 110 BGB für eine gewisse Zeit wirksam wird, so muß der Minderjährige für diese Zeit zwar die Versicherungsbeiträge zahlen, erhält dafür aber auch Versicherungsschutz. Nach Beendigung des Vertrags entfällt sowohl

die Zahlungspflicht als auch der Versicherungsschutz. Die Lösung vom Vertrag führt also zu keinen Vermögensverlusten.

Folglich ist - nach den dargestellten BGH-Grundsätzen - eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung **n i c h t e r f o r - d e r l i c h .**

b. Auseinandersetzung mit der Literatur

Gegen obige Grundsätze des BGH könnte vorgebracht werden , daß Anwendung und Auslegung der §§ 1821, 1822 BGB für den Rechtsverkehr eine **k l a r e H a n d h a b u n g** ermöglichen müßten. Deshalb sei eine differenzierte, auf den jeweiligen Einzelfall abstellende Beurteilung abzulehnen ¹⁾.

Diesem Argument kann aber nicht gefolgt werden. Denn es berücksichtigt nur **e i n e** Seite des Verkehrsschutzes, nämlich das Vertrauen in die Wirksamkeit eines Vertrages. Die andere Seite dieses Prinzips verlangt, daß Verträge zügig abzuwickeln sind, was durch eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in starkem Maße verzögert wird. Gerade die Kasuistik des § 1822 BGB, die sich an verschiedenen Kriterien orientiert, beweist, daß eine differenzierte Betrachtung nötig ist, um den Rechtsverkehr nicht in ungebührlicher Weise zu belasten.

Schließlich wird auch auf die Möglichkeit der **U m g e h u n g** hingewiesen ²⁾. Möchte der gesetzliche Vertreter einem Kapitallebensversicherungsvertrag zustimmen, so sei zusätzlich die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nötig, einmal deshalb, weil die Kündigung Nachteile mit sich bringe (§§ 165, 176 VVG, § 4 Allgemeine Versicherungsbedingungen der Lebensversicherung), zum anderen deshalb, weil die Kündigung leicht übersehen würde. Würde dagegen das Geld "zur freien Verfügung" oder "zur Erfüllung" (§ 110) überlassen, solle dann die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unnötig sein? Auf diese Weise könne doch die gerichtliche Genehmigung leicht umgangen werden!

1) So Erman, vor § 1821 Anmerkung 1 und OLG Hamm NJW 66, 1972.

2) Insbesondere Adam, ZfV 64, 625.

Dieses Argument greift nicht durch. Denn hier wird Unvergleichbares gleich behandelt. Die beiden Rechtsinstitute "Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag" gemäß §§ 107, 108 einerseits und "Mittelüberlassung" gemäß § 110 andererseits haben nicht die gleichen rechtlichen Wirkungen. Ist der Versicherungsvertrag infolge der Genehmigung wirksam, dann hat der Minderjährige nur den Weg der Kündigung, um sich vom Vertrag zu lösen. Anders ist es bei § 110. Hier bedarf es keiner Kündigung, denn der Vertrag ist insoweit unwirksam, als der Minderjährige noch nicht erfüllt hat. Von einer Umgehung der Zustimmung, die der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, kann nicht gesprochen werden.

Hedemann¹⁾ wendet ein, Minderjährige können vom gesetzlichen Vertreter nicht mehr Rechte herleiten, als diesem zustehen. Wenn sogar der gesetzliche Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötige, damit der Minderjährige einen wirksamen Vertrag schließen kann, dann könne - so sagt Hedemann - es nicht möglich sein, daß der Vertrag im Falle des § 110 ohne gerichtliche Genehmigung Gültigkeit erlange. Diese Argumentation Hedemanns ist abzulehnen. Wie bereits dargestellt, kann § 110 BGB nicht mit den Vorschriften des § 107, 108 gleichgesetzt werden. Diese Norm hat andere, zum Teil strengere Wirksamkeitsvoraussetzung (zum Beispiel muß der Minderjährige seine Leistungen erbracht haben), so daß eine zusätzliche gerichtliche Genehmigung nicht verlangt werden kann.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Für einen Versicherungsvertrag, der die Voraussetzungen des § 110 BGB erfüllt, ist keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich.

1) Hedemann, VersR 52, 190.

E THESEN UND SCHLUSSBETRACHTUNG

Thesen zu § 110 BGB

Erster Teil : Tatbestandsvoraussetzungen des § 110 BGB

I. Es muß ein s c h w e b e n d u n w i r k s a m e r V e r t r a g eines Minderjährigen vorliegen. Der gesetzliche Vertreter darf also dem schuldrechtlichen Vertrag nicht zugestimmt haben, wie auch der Wortlaut des § 110 BGB ausdrücklich besagt. Liegt die Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag vor, kommen allein die §§ 107, 108 BGB zur Anwendung, nicht jedoch § 110 BGB.

II. Ferner muß eine w i r k s a m e E r f ü l l u n g durch den Minderjährigen stattfinden. Diese Voraussetzung ergibt sich aus der gesetzlichen Formulierung, daß die "vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt" sein muß, die dem Minderjährigen "zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind".

1. Das w i r k s a m e E r f ü l l u n g s g e - s c h ä f t

Die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts ist nach den §§ 107, 108 BGB zu beurteilen.

- a) Falls es aus einem R e c h t s g e s c h ä f t besteht
- aa) und rechtlich n a c h t e i l i g ist, muß der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung zum dinglichen Geschäft erteilen.

R e c h t l i c h n a c h t e i l i g ist es, wenn die Mittelüberlassung in der Weise erfolgt, daß die Mittel zuvor an den Minderjährigen übereignet wurden, der Minderjährige also über sein Eigentum verfügt. Gleichgültig ist, ob der gesetz-

liche Vertreter oder ein Dritter die Mittel überlassen haben.

Die erforderliche **Z u s t i m m u n g** des gesetzlichen Vertreters zum **d i n g l i c h e n** Geschäft liegt,

1. wenn **e r s e l b s t** die Mittel überlassen hat, konkludent in der "Überlassung zur Erfüllung oder zur freien Verfügung",

2. wenn ein **D r i t t e r** die Mittel überlassen hat, konkludent in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Überlassung durch den Dritten.

- bb) und es rechtlich **n i c h t n a c h t e i l i g** ist, bedarf es nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum dinglichen Geschäft.

R e c h t l i c h n i c h t n a c h t e i l i g ist es, wenn die Mittelüberlassung in der Weise geschieht, daß der Minderjährige nicht Rechtsinhaber wird, er also zum Beispiel nur den Besitz erlangt hat.

Grundsätzlich erforderlich ist dann aber die **Z u s t i m m u n g z u r V e r f ü g u n g** durch den Rechtsinhaber (§ 185 BGB). Rechtsinhaber wird in der Regel der Überlassende sein, also der gesetzliche Vertreter oder ein Dritter. Die Zustimmung zur Verfügung liegt konkludent in der "Überlassung zur Erfüllung oder zur freien Verfügung". Ausnahmsweise greifen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb ein (§§ 892, 932 BGB).

- b) Besteht die Erfüllungshandlung aus **k e i n e m R e c h t s g e s c h ä f t**, so ist sie wirksam, auch wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters hierzu fehlt.

2. Die erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung

Die erfüllungsrechtliche Zweckbestimmung, die der gesetzliche Vertreter vornehmen muß, kann sowohl gegenüber dem Minderjährigen als auch gegenüber der anderen Vertragspartei erklärt werden.

Sie liegt,

- a) wenn der gesetzliche Vertreter die Mittel überlassen hat, in der "Überlassung zur Erfüllung oder zur freien Verfügung",
- b) wenn ein Dritter die Mittel überlassen hat, konkludent in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Überlassung durch den Dritten.

3. Sonderprobleme bei der Erfüllung:

- a) Grundsätzlich muß der Minderjährige die volle Leistung erbracht haben. Keinesfalls genügt das Leistungsversprechen allein.

Die Teilleistung des Minderjährigen führt nur dann zur teilweisen Wirksamkeit des Vertrages, wenn die Leistung und die Gegenleistung teilbar sind und wenn ferner anzunehmen ist, daß die Parteien auch ein Geschäft über diesen Teil geschlossen hätten.

- b) Die Leistung muß vertragsmäßig sein, das heißt die versprochene Leistung darf kein aliud zu der tatsächlich erbrachten Leistung darstellen. Vertragsmäßig ist eine Leistung auch dann, wenn sie fehlerhaft ist.
- c) Unter den Begriff Mittel fallen nicht nur Sachen, sondern auch nicht körperliche Gegenstände,

wie zum Beispiel Forderungen.

- d) Eine Surrogation der Mittel ist insoweit zulässig, als der gesetzliche Vertreter hiermit einverstanden ist.
- e) Bewirkt ist die Leistung auch dann, wenn der Minderjährige zwar nicht erfüllt, aber mit Erfüllungssurrogaten geleistet hat.

Zweiter Teil: Rechtsfolge des § 110 BGB

- I. Der schuldrechtliche Vertrag wird seinem ganzen Umfang nach wirksam, und zwar rückwirkend.
- II. Der Widerruf der Zustimmung zum dinglichen Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter oder durch die andere Partei verhindert das Wirksamwerden des Vertrages.
 - 1. Der gesetzliche Vertreter kann sein Widerrufsrecht in folgender Weise und bis zu folgenden Zeitpunkten ausüben: Seine Zustimmung zum dinglichen Vertrag ist nach § 183 BGB bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich. Schließlich kann der gesetzliche Vertreter in der Weise widerrufen, daß er die überlassenen Mittel zurücknimmt und so die Erfüllung vereitelt.
 - 2. Der Vertragspartner des Minderjährigen hat ein Widerrufsrecht gemäß § 109 BGB bis zur Erfüllung durch den Minderjährigen. Ferner hat der Vertragspartner das Aufforderungsrecht gemäß § 108 Absatz 2 BGB. Dieses Recht wird durch die Mittelüberlassung nicht beschränkt oder ausgeschlossen. Das Aufforderungsrecht hat aber im Falle der weiteren Vertragsabwicklung gemäß § 110 allein die Wirkung einer Fristsetzung nach § 108 Absatz 2 Satz 2 BGB.

D r i t t e r T e i l : W i c h t i g e A n w e n d u n g s f ä l l e d e s
§ 110 BGB

I. I m A r b e i t s r e c h t u n d b e i g e l e -
g e n t l i c h e n T ä t i g k e i t e n

1. Die A r b e i t s k r a f t des Minderjährigen kann als ihm überlassenes Mittel angesehen werden, wenn es sich um gelegentliche Tätigkeiten des Minderjährigen handelt. Im übrigen sind die Regeln des faktischen Vertrages anzuwenden.
2. Der L o h n kann dem Minderjährigen zum Zwecke der Erfüllung oder zur freien Verfügung überlassen werden, unabhängig davon, nach welchen Vorschriften der Arbeitsvertrag wirksam ist.

II. D i e A n m i e t u n g v o n K r a f t f a h r -
z e u g e n

1. Mietverträge über Kraftfahrzeuge werden wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter diesen Verträgen z u g e - s t i m m t hat (§ 107 BGB). Wenn dem Minderjährigen der Führerschein belassen wird, liegt darin allein noch keine Zustimmung zur Kraftfahrzeuganmietung.
2. Der Mietvertrag kann auch nach § 110 BGB wirksam werden. Im Belassen des Führerscheins liegt noch keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluß eines Mietvertrages. Vielmehr wird der Vertrag erst wirksam, wenn der Minderjährige mit hierzu überlassenen Mitteln erfüllt hat.

III. V e r s i c h e r u n g s v e r t r ä g e

Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Kauf eines Kraftfahrzeugs umfaßt nicht den Abschluß einer Haftpflichtversicherung. Ein Versicherungsvertrag kann nach § 110 BGB wirksam werden; eine vormundschaftgerichtliche Genehmigung ist dazu nicht erforderlich.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Der Grund für die Schaffung des § 110 BGB lag ursprünglich darin, daß die alltäglichen Geschäfte der Minderjährigen erfaßt werden mußten. Da diese Geschäfte auch ohne gesetzliche Regelung vorgenommen wurden, sah sich der Gesetzgeber aufgerufen, das Faktische zu normieren. Die Alltagsgeschäfte sollten möglichst einfach und lebensnah geregelt werden. Grundgedanke des § 110 BGB war: "Ein Vertrag gilt als wirksam, wenn der Minderjährige erfüllt hat". Viele Einschränkungen mußten aber bereits im Gesetzestext selbst gemacht werden. Dies ging natürlich zu Lasten der Klarheit und der Volkstümlichkeit der Vorschrift. Auch die Problematik, ob die Mittelüberlassung eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag enthält, die der historische Gesetzgeber nur geahnt hat, wurde bald offenbar. Wegen seiner unklaren Formulierung erlangte § 110 BGB keine große Bedeutung in der Praxis. Vor allem hatte § 110 BGB aus diesen Gründen von Anfang an keine Chancen, eine Vorschrift für den Alltag zu werden. Von der gesetzgeberischen Intention her gesehen war also die Regel des § 110 BGB mißlungen.

Auch die immer stärkere Differenzierung der Rechtsentwicklung minderte die Bedeutung des § 110 BGB. Die Rechtsprechung und die Lehre verfeinerten die Rechtsgeschäftslehre, insbesondere die Lehre von der Willenserklärung: Anerkannt wurde, daß eine Zustimmung konkludent erteilt werden kann. Ferner fand man heraus, daß eine Zustimmung auch generell erteilt werden kann. Dies hatte folgende Einflüsse auf § 110 BGB: Zum einen ließ sich § 110 BGB nur schwer mit der Lehre vom Generalkonsens in Einklang bringen, da bei der Mittelüberlassung die Voraussetzungen fehlen, die für eine Willenserklärung erforderlich sind. Zum anderen konnten diejenigen Fälle, für die § 110 BGB "maßgeschneidert" worden war, ziemlich mühelos über den Generalkonsens abgewickelt werden. § 110 wurde dadurch weitgehend überflüssig.

Infolgedessen hat § 110 BGB heute keine wesentliche praktische Bedeutung. Zwei Fallgruppen sind zu erkennen, auf die die Vor-

schrift noch in vollem Umfang zutrifft:

1. Die Fälle der mißglückten Zustimmung, bei denen der gesetzliche Vertreter eine Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag erteilt hat, die Zustimmung jedoch aus Rechtsgründen unwirksam ist.
2. Hinzu kommen die nicht so häufigen Fälle, in denen der gesetzliche Vertreter absichtlich den Weg der Mittelüberlassung im Sinne des § 110 BGB gewählt hat, zum Beispiel wenn er nachträglich erfährt, daß sein Sohn hohe Schulden gemacht hat. Wenn der gesetzliche Vertreter zwar das Rechtsgeschäft an sich mißbilligt und deshalb keine Genehmigung erteilt, aber trotzdem seinen Sohn von den Schulden befreien möchte, kann er ihm Mittel zur Erfüllung überlassen.

Es wäre kein großer Verlust, wenn der Gesetzgeber den § 110 BGB aufheben würde. An seine Stelle sollte eine Norm treten, die die Alltagsgeschäfte der Minderjährigen erfaßte und möglichst einfach und lebensnah regelte. Wegen der hohen Geldbeträge, die den Minderjährigen heute zur Verfügung stehen, ist eine solche Regelung nötiger denn je zuvor.

LEBENS LAUF

Am 14.8.1949 wurde ich als zweiter Sohn des Landrats Rudolf Faltermeier und seiner Ehefrau Maria, geb. Exner, in Weltenburg geboren.

Nach der Volksschule besuchte ich das Gymnasium in Kelheim. 1968 bestand ich das Abitur.

Anschließend studierte ich in München Jura und Betriebswirtschaft. Im Jahre 1972 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, 1975 die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit zwei Jahren bin ich als Regierungsrat im Bayerischen Staatsministerium des Innern tätig.

